

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB e
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS- UniEVANGÉLICA
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

CAMILA RODRIGUES DE SOUZA BRITO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE
FIDELIDADE CONJUGAL

BRASÍLIA/ANÁPOLIS

2012

CAMILA RODRIGUES DE SOUZA BRITO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE
FIDELIDADE CONJUGAL

Dissertação apresentada ao Mestrado
Interinstitucional do UniCEUB e
UniEvangélica em Direito e Políticas
Públicas como requisito à obtenção do
título de mestre em Direito.

Orientador: Profº. Drº. Héctor Valverde
Santana

BRASÍLIA/ANÁPOLIS

2012

UniCEUB e UniEvangélica
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Camila Rodrigues de Souza Brito

Responsabilidade Civil por Descumprimento do Dever de Fidelidade Conjugal

Dissertação aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de mestre
em Direito e Políticas Públicas.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Héctor Valverde Santana

Nome do Professor(a)

Nome do Professor(a)

Nome do Professor(a) Convidado(a)

À Lavínia, meu doce bebê.

Agradeço ao professor, meu
orientador, Doutor Héctor
Valverde Santana.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto a verificação da possibilidade de indenização por dano moral na relação matrimonial, advindo do descumprimento do dever conjugal de fidelidade. Na visualização dos direitos fundamentais da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, também foram estudados os danos causados pelo cônjuge ao outro, o inocente, postulando responsabilidade civil extrapatrimonial dos cônjuges, por infidelidade. Para tanto, primeiramente, propõe-se fazer uma investigação do instituto da Responsabilidade Civil no Direito de Família de forma ampla, verificando a possibilidade de condenação por dano moral nas relações familiares, sem ainda especificar a relação conjugal propriamente dita. Os direitos da personalidade da pessoa casada e sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro, somados à análise do princípio da dignidade da pessoa humana casada também foram abordados, ambos contidos na Constituição Federal e Código Civil. Faz-se uma análise dos pressupostos da Responsabilidade Civil aplicados ao Direito de Família, examinando o instituto da culpa na separação, sua permanência ou não no Direito Civil mesmo após a Emenda Constitucional n. 66 de 2010. Examinam-se a evolução e alteração provocadas pela funcionalização da família, fatores responsáveis pela tutela da personalidade do cônjuge, procurando fundamentar o reconhecimento da responsabilidade civil extrapatrimonial, como uma solução civil e constitucional no âmbito da relação conjugal. Pesquisa-se mais, o dever de fidelidade conjugal e os requisitos necessários para a configuração do dano moral, com base nos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. O alvo fundamental deste trabalho é o de fundamentar a responsabilidade civil dos cônjuges por danos morais advindos da lesão à honra do consorte, por atos de infidelidade, analisando para isso, o casamento, união estável, separação, divórcio, direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito de Família. Dano Moral. Infidelidade Conjugal

ABSTRACT

This work aims the possibility test of moral damages in the marriage relationship, coming from the breach of marital duty of loyalty. In personality fundamental rights preview and the human dignity tenet, it was also studied the damage caused by one spouse to the other, the naïve, postulating, civil liability non-property assets of spouses for infidelity. For this purpose, first it is suggested to do an investigation of the civil liability institute in family law widely, checking the possibility of condemnation by moral damage in the family relationships, also without specify the spouses' relationship itself. The rights of a marriage person's personality and her guardianship in Brazilian legal system added to the principle of the married human dignity analysis were also included, both contained in the Federal Constitution and the civil code. It is done an analysis of the Civil liability assumptions applied to the Family law, examining the guilt's institute in separation, its stay in or not in the civil rights even after constitutional amendment 66, 2010. It's discussed the evolution and change caused by the family's functionalization, responsible factor for the spouse's personality protection, aiming to justify the liability recognition non-property assets, as a civil and constitutional solution within the marital relationship. It has been searched more the duty of marital fidelity and the requirements for set the moral changes, based on the liability assumptions out of contract. The mainly target of this work is to justify the spouses liability for damages arising from injury to the honor of the consort, by acts of infidelity, looking for that, the marriage, stable coupling, separation, divorce, human personality and dignity rights.

Key words: Liability, Family Law, Moral damage, Marital Infidelity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
 CAPÍTULO 1 A REPARAÇÃO CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	 08
1.1 O perfil constitucional da família	08
1.2 Aplicabilidade dos pressupostos da Responsabilidade Civil no Direito de Família	13
1.3 A culpa na separação e no divórcio	32
1.4 Competência para o julgamento: Vara de Família ou Vara Cível	48
1.5 Conexão entre os pedidos de separação/divórcio e reparação civil decorrente de violação dos deveres conjugais	55
 CAPÍTULO 2 O DEVER DE FIDELIDADE	 59
2.1 Conceito de fidelidade	59
2.2 A fidelidade como um dos deveres do matrimônio	62
2.3 Infidelidade como ato ilícito	65
2.4 O adultério	66
2.5 Afetividade <i>versus</i> Fidelidade	68
2.6 Boa-fé objetiva nas relações conjugais	76
 CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE MATRIMONIAL	 83
3.1 O dano moral decorrente do descumprimento do dever de fidelidade conjugal	83
3.2 Proteção aos direitos da personalidade do cônjuge	106

3.3 A dignidade da pessoa humana no casamento	110
3.4 O terceiro cúmplice	117
3.5 Indenizações nas dissoluções não culposas	123
3.6 O perdão como causa extintiva da obrigação de indenizar	127
 CONCLUSÃO	 129
REFERÊNCIAS	133

INTRODUÇÃO

Escrever sobre Direito de Família é a primeira das dificuldades encontradas no desenvolvimento dessa atividade. Apesar de constar na Constituição Federal e no Código Civil as relações jurídicas familiares, os fatores externos a esse vínculo jurídico tem peso fundamental, e como fator externo mais importante verifica-se o afeto nessas relações.

O ponto central de discussão desse trabalho é verificar a plausibilidade de condenação em indenização por danos morais ao infrator, nesse caso, o cônjuge que descumpriu o dever de fidelidade conjugal. Até chegar nesse enfoque, anteriormente foram estudados pontos de suporte para o estudo do ponto central, como verificar se é possível se falar em indenização por danos morais nas relações familiares *lato sensu*, observando as relações maternais, paternais, fraternais, até avançarmos na pesquisa propriamente dita, verificando as relações conjugais e convivenciais, os direitos e deveres dela advindos, os descumprimentos e as consequências dos descumprimentos.

O sustentáculo teórico, bem controverso, apesar de ínfimo, constou com autores como Regina Beatriz Tavares da Silva, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Ênio Zuliani, Belmiro Pedro Welter, João de Matos Antunes Varela, entre tantos outros, que escrevem muito mais artigos sobre a temática do que grandes e volumosas obras literárias.

No alcance das respostas pertinentes aos problemas da dissertação, será necessário buscar conceitos diferenciais do instituto da Responsabilidade Civil objetiva e subjetiva, analisar a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, que alterou o processo de rompimento conjugal, principalmente, no que tange a discussão da culpa na separação, se ainda pertinente ou não, e a diferenciação dos entendimentos de que casamento seria ou não contrato.

Como os teóricos divergem em questões fundamentais da elaboração do trabalho, a análise da jurisprudência foi altamente importante. O que pode ainda mais certificar que as controvérsias não se estancam na doutrina, também é presente nos julgados, nos tribunais, nos juízos singulares. Na ponderação da jurisprudência foi possível perceber que o realizar da escrita dessa dissertação é muito mais uma produção indagadora do que propriamente uma conclusão fechada sobre o tema.

É importante ressaltar, e será difundido no trabalho, que há razões pertinentes em ambas as correntes, mas que tecnicamente, focando o sistema jurídico brasileiro, uma dessas posições se destaca em relação a outra, e verificou-se que tal posicionamento que se sobrepõe é o que acompanha a maioria dos teóricos e a minoria da jurisprudência.

Esse posicionamento, o majoritário na doutrina e mais tecnicamente aceito pelo Direito, é aquele que identifica a possibilidade de reparação civil por dano moral causado nas relações familiares, nas relações familiares como um todo e nas relações conjugais especificamente, além da análise afunilada pela procedência do dano moral por infidelidade conjugal.

Em um diagnóstico social, estudar Responsabilidade Civil por descumprimento do dever de fidelidade é por demais importante. Tem importância por conta da temática superior que é o cruzamento do Direito e a família, dois grandes institutos que fazem diferença na sociedade, no modelo de sociedade que se vive e espera-se. Em outro ponto, é importante por estudar sobre família, tendo que entendê-la, percebê-la, respeitá-la e avaliar suas modificações ao longo do tempo. É ainda importante, porque a família é uma formação jurídica e por isso, várias são as consequências relacionadas às obrigações dos membros que a compõe.

No ângulo científico, o destaque é verificado por ser considerado novo o debate e ainda muito rechaçado por autores consagrados e pelos tribunais. Alguns dos autores trabalhados repelem veementemente a aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil ao Direito de Família, outros, no

Direito de Família admitem, mas não no que se refere aos descumprimentos matrimoniais, outros, admitem apenas nas relações entre pais e filhos, deixando assim o campo aberto para várias discussões.

O estudo de temas do Direito de Família, como dito anteriormente, primeiramente precisam ser considerados em sua dificuldade, própria do assunto e por isso, contribui para o crescimento das discussões das questões relativas à relação familiar, permitindo o crescimento dos artigos jurídicos, das pesquisas científicas, do aprimoramento jurídico das decisões sobre temas tão delicados como os de família.

Para tratar da Responsabilidade Civil por descumprimento do dever de fidelidade, primeiramente será necessário tratar da reparação civil no Direito de Família, quando serão levantadas as hipóteses relativas à possibilidade de reparação civil em qualquer relação familiar, inclusive com o estudo de julgados sobre abandono afetivo, muito debatido nos últimos meses.

Como o instituto da Responsabilidade Civil é de relevância pois é parte integrante do tema, falar sobre seus pressupostos será essencial, pois em qualquer relação que seja, inclusive nas familiares, a observação do dano, da conduta do agente infrator e o nexo entre os dois primeiros é primordial, somadas a análise da culpa na ação ou omissão do causador do dano.

Acrescentar-se-a a isso, uma observação sobre uma parte processual que seria entender e reconhecer que mesmo sendo perceptível uma valoração econômica quando se estuda Responsabilidade Civil, nos casos das relações familiares, ainda estaríamos diante da competência das varas especializadas das famílias, entendendo também, pela possibilidade de cumulação dos pedidos de separação ou divórcio com reparação civil.

Trabalhar os conceitos de fidelidade, adultério, traição, boa-fé, somados ao conceito de afetividade e seus designados princípios também será trabalhado no decorrer da dissertação. Isso se dará para fundamentar os próximos institutos que serão estudados. Entender esses conceitos facilitará entender a aplicação da Responsabilidade Civil pelo descumprimento do dever

de fidelidade, podendo ser verificada a condenação em danos morais ao cônjuge infrator.

De maneira mais exata, voltada exclusivamente ao tema, após uma análise mais global, serão abordados o instituto do dano moral em face do descumprimento do dever de fidelidade conjugal, observando a proteção aos direitos da personalidade de cônjuge e a dignidade da pessoa humana, podendo ser vislumbrando o quão é importante a interligação dos direitos da personalidade com o estudo do Direito de Família, principalmente no casamento.

E como é necessária a intromissão de uma terceira pessoa para que a infidelidade se consuma, também é relevante estudar a possibilidade de ver o cúmplice condenado, analisando seu papel no ato de infidelidade, e se há ou não obrigações deste em relação ao contrato matrimonial dos cônjuges.

Somados ao acima descrito, será analisada a possibilidade de indenização por danos morais em face do inadimplemento da fidelidade quando no processo de separação conjugal não há a vontade de nenhum dos cônjuges de demonstrar a culpa do outro, além disso, a análise também tomará a dimensão da visualização do perdão como causa extintiva da obrigação de indenizar.

CAPÍTULO 1 A REPARAÇÃO CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 O perfil constitucional da família

A família é a base da sociedade, não há sociedade sem família, podendo ser formada pela consanguinidade, por vínculos jurídicos ou mesmo por vínculos afetivos. Sua importância é tamanha que a Constituição Federal trouxe capítulo específico tratando sobre ela, sua constituição, manutenção e relevância perante a sociedade, aos Poderes e a cada indivíduo isoladamente.

A importância jurídica da família se apresenta não apenas observando a Constituição Federal, mas verificando-se que o Código Civil de 1916 e também o Código Civil de 2002 lhe deram atenção especial, cuidando especificamente e em alguns casos minuciosamente de temas relacionados à sua defesa, tanto que, uma das subáreas do Direito Civil é o Direito de Família, que para ganhar melhor estudo e espaço no ordenamento jurídico é analisado de maneira particularizada, o que mais uma vez comprova seu destaque.

Não há nada mais parecido com o próprio homem do que o Direito de Família, Rosa Maria de Andrade Nery já dizia que *a história do Direito de Família é a história do homem e, por isso, é também uma história política*¹. Na análise do homem, seu comportamento, seus costumes, sua história e o caminhar de sua existência, é possível conjuntamente analisar o Direito de Família e vice-versa.

O Direito de Família, inclusive pode-se dizer, estuda o próprio homem, seu habitat familiar, sua ascendência e descendência, sua organização e como seria a melhor forma de mantê-la, além, do estudo das novas famílias que contemporaneamente surgiram.

¹ JURISPRUDÊNCIA PARADIGMA: parte II/ Rosa Maria de Andrade Nery, diretora. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. – (coleção tratado jurisprudencial e doutrinário: Direito de Família; v.4), p. 07.

Tão importante é o Direito de Família que Rosa Maria de Andrade Nery² afirma que apesar da laicização do Estado, a família e o Direito de Família influenciam sobremaneira a sociedade civil, de modo que emprestam para o Poder do Estado a gama variada de sua experiência civil, de sua experiência quanto aos relacionamentos intersubjetivos.

A família é um fenômeno da natureza e da cultura, e por conta de todas as situações que dela decorrem, situações de interesses, foi institucionalizada pela lei, e anteriormente institucionalizada pela religião, verificando que com isso o tratamento dispensado pelo Direito à família é sempre *posto à prova*, isso por conta das inúmeras transformações à que as famílias são submetidas³.

A entidade familiar é de tamanha importância para o Estado, que a Constituição Federal dedicou-lhe exclusivamente um capítulo. Karin Wolf, analisando o texto constitucional, verifica que a proteção estatal que foi conferida à família é a mesma desde 1988, mesmo com a evolução da sociedade, a mudança de costumes, mudança cultural, novo olhar sobre a moral e a religião, certificando que a proteção constitucional não é tão somente à formação da entidade familiar, somados a isso, proteção à manutenção do grupo familiar⁴.

Nessa proteção, a Constituição Federal institucionaliza a família sob duas formas principais, o casamento e a união estável, somadas às famílias formadas por um dos pais e seus descendentes, e também, sendo respeitada pela sociedade a união formada por pessoas do mesmo sexo.

² JURISPRUDÊNCIA PARADIGMA: parte II/ Rosa Maria de Andrade Nery, diretora. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. – (coleção tratado jurisprudencial e doutrinário: Direito de Família; v.4), p. 07.

³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 255.

⁴ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 171.

Apesar de todas essas inovações constitucionais que incluem outras famílias e não apenas aquelas formadas pelo casamento, este é ainda a mais respeitada e mais solene modalidade de entidade familiar, muitas vezes concebida para procriação e legalização sexual entre duas pessoas de sexos distintos, mas hoje, muito mais concebido para vincular juridicamente pessoas que sentem afeto entre si.

Karin Wolf⁵ traz três teorias relacionadas ao casamento, a primeira chamada de Teoria da Monogamia Originária que prega a afeição conjugal para a vida toda, a Teoria da Promiscuidade Primitiva que prega o império do comércio sexual promíscuo e a terceira, a Teoria das Uniões Transitórias que relata que o homem e a mulher permaneciam juntos apenas por algum tempo após o nascimento do filho. Teorias que na prática podem ser verificadas se observada a vida de alguns casais, no entanto, a primeira teoria é a que melhor se aplica ao sistema jurídico brasileiro que proíbe a bigamia e ainda, socialmente esperada, vez que a sociedade repugna a promiscuidade.

Não há como tratar de casamento sem se tratar de monogamia, principalmente porque, o próprio ordenamento jurídico condena e criminaliza a bigamia. Karin Wolf⁶ faz menção a monogamia, ponderando que de fato há o intuito de legalizar as uniões exclusivas, pois a monogamia é *o estado mais adequado e, quiçá, o único compatível, no plano jurídico, com a solidariedade social e as demais condições necessárias do aperfeiçoamento e do progresso humano*.

Apesar de a família ter um tratamento especial constitucional, é no Direito Civil que tal tratamento se concretiza, e nos artigos 1511 a 1727 do Código Civil, os temas relacionados ao Direito de Família são legislados, mas observam-se ainda outros dispositivos esparsos no Código Civil que

⁵ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 171.

⁶ WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 171.

mencionam o Direito de Família, e leis infraconstitucionais que individualizam ainda mais o estudo do Direito de Família.

É nesse parecer constitucional do Direito de Família, nessa visão constitucional da família que é possível verificar os princípios constitucionais que são a essa entidade aplicados, observando que há uma constitucionalização do Direito Civil e propriamente, constitucionalização do Direito de Família.

O ordenamento jurídico tem dado cada dia mais autonomia à pessoa, quanto suas decisões sobre o casamento e dissolução, reforçando o individualismo, mesmo podendo ser observada maior presença de constitucionalização no Direito Civil. De um lado, pelo individualismo, prega-se o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo nenhuma pessoa ser agredida, seja essa agressão em qualquer órbita. De outro lado, percebe-se a norma-objetivo, que atribuiu ao Estado o dever de preservar a família⁷, podendo algumas vezes nota-se esse choque entre o respeito à dignidade da pessoa humana e a preservação da família.

O Direito Civil tem assumido papel fundamental dentro do Direito Privado, há uma percepção de que o Estado tem diminuído seu papel intervencionista permitindo que o cidadão alcance um lugar mais elevado na esfera jurídica, sendo que o princípio da autonomia privada tem ganhado um campo mais largo, assumindo suas vontades, diante da importância das relações obrigacionais firmadas pelos contratos. Dentro desse novo Direito Civil, os ramos que assumem importância maior são o Direito de Propriedade, o Direito de Família e a Responsabilidade Civil⁸.

⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 359.

⁸ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Palestra proferida em Manaus, no Seminário A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

A família, na atualidade, possui um novo perfil pois carrega uma relação de interesses afetivos e existenciais, por isso existindo e por isso se mantendo, e não mais de poder e sujeição, cujo fundamento era a existência de uma hierarquia ou de uma dependência, onde a mulher era a hierarquizada e dependente⁹.

Com a igualdade dos sexos e a igualdade de direitos e deveres dos partícipes da sociedade conjugal, os casamentos e uniões estáveis transformaram sua razão de ser, esses institutos se formam com motivação emocional, com motivação afetiva, amorosa, por querer de ambas as partes, não mais para se criarem filhos, legalizarem relações sexuais, não mais tendo o homem como o dirigente e provedor. A afetividade une duas pessoas, que conjuntamente repartem as obrigações dessa união advindas e desfrutam dos direitos em comum acordo.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 397.762-8/BA¹⁰ conceituou família, considerando como o espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana ou o local mais apropriado para se desfrutar dos direitos fundamentais à intimidade e privacidade¹¹.

A lei Maria da Penha (Lei n. 11.340 de 2006) identifica família como o grupo formado por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços sanguíneos ou por afinidade ou por vontade expressa, bem como,

⁹ DAMIAN, Karine. *A Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 23 de nov. de 2009. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6577/a_Responsabilidade_Civil_no_direito_de_familia >. Acesso em: 01 de abril de 2012.

¹⁰ Ementa: COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.

PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina (RE 397.762-8/BA, 1ª T., voto-vista do Ministro Carlos Ayres Brito, de 03.06.2008).

¹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. Entidades familiares – Comunidades emocionais – Responsabilidade da doutrina. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 535.

qualquer relação de afeto que independe de sexo ou de orientação sexual de seus componentes¹².

A Constituição Federal determinou um novo rumo para o Direito de Família, trazendo novos valores a essas relações, como o princípio da dignidade humana, da afetividade, da cidadania, da ética, da solidariedade familiar, da igualdade entre homem e mulher, da não discriminação de filhos, da pluralidade das formas de família etc., numa valorização do ser humano.

A família é o principal centro de desenvolvimento de sentimentos, Giselle Câmara Groeninga relata que é durante a infância, dentro da família, mas também no decorrer da vida, com a ajuda das instituições, que a distinção entre fantasia e realidade, entre culpa e responsabilidade é estabelecida, desenvolvida e fomentada. Em família vivendo, e no anseio das instituições, aprende-se os afetos, a realidade e a lei. Também dentro da família aprende-se a balizar a agressividade e desenvolve-se formas de dar e receber amor, as quais vão se transformar em solidariedade, um capital essencial para o exercício da cidadania¹³.

Por ser tão grande a importância da família e a percepção de sua evolução é que se verifica que em seu âmbito certos comportamentos precisam ser dilacerados, precisam ser punidos e estudando o instituto da Responsabilidade Civil na perspectiva familiar pode ser observado uma possível necessidade aplicação do mesmo a essas relações.

1.2 Aplicabilidade dos pressupostos da Responsabilidade Civil no Direito de Família

¹² NERY, Rosa Maria de Andrade. Entidades familiares – Comunidades emocionais – Responsabilidade da doutrina. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 535.

¹³ GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o Direito de Família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 416.

A Responsabilidade Civil é uma das importantes formas de defesa do patrimônio material e extrapatrimonial, valorando os atributos mais íntimos e subjetivos possíveis. A afetividade e as relações afetivas são o que há de mais importante na vida de um indivíduo devendo ser veladas pelo instituto da Responsabilidade Civil, com as peculiaridades a elas impostas. A saúde psicológica de uma pessoa está vinculada as suas relações, e as relações afetivas podem gerar inúmeros danos, sendo imprescindível seu estudo.

Antônio Carlos Mathias Coltro¹⁴, ao fazer abordagem relativa à Responsabilidade Civil no Direito de Família, pontuando sobre a família e o dano moral inicia escrevendo sobre a importância do conteúdo social da lei, sobre como a hermenêutica acompanha a sociedade, trazendo um breve histórico referente à consideração da indenização por danos morais no nosso direito e no Poder Judiciário, até que, em 1988, a Constituição Federal trouxesse de maneira lúcida tal ideia, que foi confirmada com o Código Civil em 2002.

Desde a pena de Talião, antes de Cristo, e hoje, estudando a Teoria do Risco, vê-se que houve grande evolução no instituto da Responsabilidade Civil, mesmo que se considere ser lenta e gradual tal evolução, tendo como fim afastar as injustiças e ter a vítima um ressarcimento pelo que sofreu¹⁵.

Como realce dessa evolução verificou-se que os prejuízos antes considerados apenas em seu aspecto patrimonial foram ampliados até o encontro com o dano extrapatrimonial. Essa evolução partiu da inclusão do dano extrapatrimonial, após a divisão da Responsabilidade em subjetiva e objetiva com a amplificação da teoria do risco e nesse caso, da possibilidade de verificação de aplicação dos princípios da Responsabilidade Civil às relações nascidas com afeto ou que tem o afeto como um dos fundamentos.

¹⁴ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 486.

¹⁵ CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

Theodoreto de Almeida Camargo Neto¹⁶ quando aborda o tema da Responsabilidade Civil, menciona que a dificuldade de se entender pela aplicabilidade da Responsabilidade Civil ao Direito de Família igualmente aconteceu com a Responsabilidade objetiva, que não era aceita no final do século XIX e início do século XX. Hoje, quando se fala em Responsabilidade Civil no Direito de Família, ainda há estudiosos e decisões que não admitem tal possibilidade, mas para o autor, isso é apenas uma questão de tempo. A reparabilidade do dano afetivo, ainda hoje pode ser repugnante para determinados autores, mas para aqueles que não tiveram contato com seus pais, ou mesmo, para o cônjuge que foi traído por seu companheiro, talvez fosse uma solução para esses casos.

A par da visualização da Responsabilidade Civil subjetiva e da objetiva, o novo modelo de Estado social muito especialmente por garantir a preservação da pessoa humana e sua dignidade, abriu-se para a possibilidade de reparação de danos meramente afetivos, por conta do aprimoramento moral e intelectual que o homem tem sofrido¹⁷.

A Responsabilidade Civil no Direito de Família é subjetiva, exigindo para sua configuração juízo de censura do agente capaz de entender a ilicitude de sua conduta. Exige-se comportamento culposos ou dolosos, de tal sorte que só se pode pleitear ressarcimento, se comprovado que o chamado a indenizar agiu com culpa ou dolo. Também é preciso demonstrar o nexo de causalidade entre o agir com dolo ou culpa e o dano, que deve ser certo, presente ou futuro e próprio, podendo atingir o patrimônio material ou moral¹⁸.

¹⁶ CAMARGO NETO, Theodoreto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodoreto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

¹⁷ CAMARGO NETO, Theodoreto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodoreto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

¹⁸ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Palestra proferida em Manaus, no Seminário A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

Na esfera patrimonial não há maiores dificuldades em admitir e quantificar o dano. As dificuldades surgem em relação ao dano imaterial e na mensuração do dano moral. Afinal, quanto vale, por exemplo, a honra do incapaz, como mensurar a recusa de um pai em reconhecer a paternidade, como estimar em valor econômico ao direito à identidade e à integridade moral de uma criança,¹⁹ quanto valerá a dignidade da pessoa casada que se encontrar em uma situação vexatória ao tomar conhecimento do adultério de seu cônjuge.

A Constituição Federal e o Código Civil disciplinaram o casamento e a sua dissolução, como também disciplinaram a união estável, estabelecendo princípios e regras de conduta para os cônjuges e conviventes, não obstante, não foi prevista a Responsabilidade Civil familiar nem fixadas as hipóteses suscetíveis à eventual obrigação de reparar, o que não significa que a pessoa lesada não receba proteção legal. Para tanto, vê-se que no artigo 5º, V e X²⁰ da Constituição Federal, o texto da lei trouxe essas diretrizes.

No que toca ao fundamento da Responsabilidade Civil nas relações familiares destacam-se três linhas de entendimento, a primeira trata a Responsabilidade decorrente do ilícito absoluto, não sendo levadas em conta as relações de parentesco ou vínculo de conjugalidade, podendo ser enquadradas no artigo 186 do Código Civil, em uma segunda acolhe-se a reparação pela violação aos deveres conjugais, reparação por descumprimento de cláusula contratual, enquanto que em um terceiro entendimento o dano

¹⁹ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Palestra proferida em Manaus, no Seminário A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

²⁰ Constituição Federal, artigo 5º, inciso V – é a assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

injusto, qualquer que seja a sua natureza seria relevante, danos causados, por exemplo, aos direitos da personalidade²¹.

A obrigação de reparar no caso do Direito de Família, principalmente no que tange ao casamento ou união estável, pode ser contratual ou extracontratual, dependendo, por exemplo, se se considera o casamento como um contrato, pois se assim se considerar, o não respeito a uma de suas cláusulas pode gerar responsabilização e se não se considerar como contrato, verificar-se-á se houve prática de um ato ilícito, pois nesse caso o casamento trata-se de uma instituição, percebe-se assim, que há entendimentos divergentes pela consideração ou não de casamento como contrato. A relevância está em saber que qualquer ilícito praticado seja derivado de obrigação contratual ou extracontratual encontra proteção legal. O casamento e a união estável não trazem imunidades no campo da Responsabilidade Civil²².

Miguel Antonio Silveira Ramos subdivide a possibilidade de responsabilização civil no Direito de Família em quatro categorias distintas, sendo a primeira quanto às relações conjugais ou convivenciais, que se dão como resultante do casamento ou da união estável; as relações parentais, que se dão como consequência do vínculo de parentesco entre os membros da família, seja este parentesco decorrente da consanguinidade ou da adoção, ou, ainda, da convivência socioafetiva entre determinados sujeitos, capaz de gerar a relação de paternidade (paternidade socioafetiva); as relações de afinidade, formadas por aquelas relações de um dos cônjuges (ou conviventes) com os parentes do outro; as relações assistenciais, originadas pelos vínculos assistenciais da curatela e da tutela, que aparecem inseridas dentro do estudo do Direito de Família, como consequência da preferência dos familiares aos demais em assumirem as funções de curador e tutor. Em todas elas podem

²¹ DAMIAN, Karine. *A Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 23 de nov. de 2009. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6577/a_Responsabilidade_Civil_no_direito_de_familia >. Acesso em: 01 de abril de 2012.

²² DAMIAN, Karine. *A Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 23 de nov. de 2009. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6577/a_Responsabilidade_Civil_no_direito_de_familia >. Acesso em: 01 de abril de 2012.

ocorrer fatos capazes de gerar o dever de indenizar aquele que causou o dano²³.

Há posicionamentos contrários à possibilidade de aplicação das regras da Responsabilidade Civil ao Direito de Família, entendendo que as normas de Direito de Família têm um regime especial, com características próprias que não permite a aplicação de normas típicas do âmbito negocial. As penas pelos atos ilícitos praticados pelos cônjuges, por exemplo, ou por um pai em relação ao filho, estão previstas no bojo da própria legislação que rege a família, que vão desde o direito da vítima de pedir a separação judicial, ou a perda do poder familiar, respectivamente, regras dispostas no Código Civil e leis esparsas, como a Lei do Divórcio (Lei. n. 6.515 de 1977)²⁴.

A tese que entende ser o casamento um ato jurídico diferente de um negócio poderia muito bem ser aceita com sucesso, já que o casamento até então tinha uma natureza institucional e canônica muito forte. A partir do momento em que se admitiu no Brasil o divórcio, pode-se dizer que houve uma contratualização da relação, e o caráter negocial, ainda que não no sentido específico de negócio comercial, mas no sentido de negócio como a busca da satisfação de um interesse, pode ser verificado.

Desde o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) até os dias atuais, e principalmente por força da Constituição Federal, houve um aumento das facilidades para o divórcio, a ponto de, no processo, para alguns, excluir-se a discussão de culpa, prevalecendo a simples constatação do estado de falência da relação (casamento) pelo decurso de tempo de 1 (um) ano da separação judicial, contado do trânsito em julgado da sentença ou da medida concessiva de separação de corpos que antecedeu a separação judicial, ou 2 (dois) anos da separação de fato, isto antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, que trouxe maior facilidade ainda para a

²³ RAMOS, Miguel Antônio Silveira. *Comentários sobre a Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Âmbito Jurídico, v. 29, 2006, p. 1040.

²⁴ RAMOS, Miguel Antônio Silveira. *Comentários sobre a Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Âmbito Jurídico, v. 29, 2006, p. 1040.

decretação do divórcio, bastando a vontade dos nubentes para tanto, independentemente de lapso temporal. Nota-se que, com tal previsão, ainda que alguns institucionalistas pensem em contrário, o legislador pátrio retirou ainda mais os caracteres de sacramento do vínculo, principalmente aquele que diz Respeito à perpetuidade. Hoje, as facilidades do destrato são tão grandes como as do trato, do casamento em si, podendo inclusive ser dito que destratar está mais facilitado do que tratar.

Não se pode afastar a natureza contratual do casamento, que é reconhecida até mesmo por aqueles que preferem defini-lo como um contrato especial ou híbrido, como Caio Mário da Silva Pereira²⁵ que afirma que casamento é um contrato na sua formação e uma instituição na sua duração.

Caso o casamento seja caracterizado como um contrato, os princípios gerais do contrato devem nortear também essa relação, prevalecendo princípios como o da boa-fé, da probidade, da autonomia da vontade com relação a determinados direitos-deveres, administração dos bens conferida a um dos cônjuges, por exemplo, e da própria função social do casamento como um dos modos de geração de família.

Um exemplo da necessária aplicação de tais princípios está inserido no conceito de fidelidade que os cônjuges devem manter na relação, que no momento em que o dever de fidelidade foi concebido, ele trazia em seu conceito única e exclusivamente a fidelidade sexual que as partes devem manter, devendo os parceiros abster-se de manter relações sexuais com outros(as) que não o cônjuge. Pode haver casos de quebra de fidelidade que não digam respeito apenas a esta conotação. Um exemplo típico, seria o caso do cônjuge que passa informações dos negócios do outro, ao concorrente, ou até mesmo o cônjuge que sai espalhando a terceiros o que seu cônjuge lhe disse sobre sua vida, seus problemas, suas necessidades, como confidente.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – contratos*. V. III, atualizado por Régis Fichtner. São Paulo, Forense Jurídica, 2010, p. 139.

Fidelidade vem de *fides*, confiança²⁶, e está mais do que caracterizado nestes casos que houve uma quebra na confiança que um dos cônjuges depositou no outro, que não agiu dentro dos princípios de boa-fé e lisura que se deviam esperar.

Por mais especiais que sejam as normas de Direito de Família, elas devem se sujeitar e se adequar, antes de tudo, à Constituição Federal e às normas supranacionais, que em diversas passagens preveem o princípio jurídico de não causar dano a outrem e de respeito à dignidade da pessoa, à sua integridade física, moral e psíquica, dentre outras.

A falta de previsão legal específica, não é motivo suficiente para que se impeça a aplicação das normas concernentes à Responsabilidade Civil, já que elas são de aplicação geral, não só nos casos de violações civis, como também em casos de violações em outros ramos do direito, desde que configurados os requisitos básicos, conduta, nexos e dano. Sustentar a necessidade de uma norma expressa é contrário ao sistema jurídico-legal brasileiro e a própria Constituição Federal, que prevê a Responsabilidade por todo ou qualquer tipo de dano material ou moral causado a outrem.

Um dos exemplos que podem ser considerados de aplicação dos princípios da Responsabilidade Civil no Direito de Família é encontrado quanto ao erro em relação à pessoa, que vicia o casamento e é causa de anulabilidade, caducando num prazo de tempo, objetivamente considerado, suficiente para que ambos possam ter conhecimento suficiente de com quem se casaram. Só que, assim considerado, o engano sobre a pessoa do outro cônjuge pode vir a causar um dano indenizável, moral ou material, que a própria ocultação dos dados viola o princípio da boa-fé, por parte do cônjuge que deu causa à invalidade, que agiu de má-fé, sendo um dos fundamentos da indenização²⁷.

²⁶ COSTA, Nelson Nery. *Dicionário de Latim Forense*. São Paulo, Lawbook, 2007, p. 76.

²⁷ Código Civil de 2002, artigo 1.556: O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Outro argumento para a não aplicação dos princípios da Responsabilidade Civil ao Direito de Família está em não encontrar economicidade nas relações afetivas. Esse motivo para a não Responsabilização civil perde sentido quando ganha terreno a teoria de que a economicidade da obrigação não se traduz especificamente na necessidade de uma susceptibilidade do direito ou dever a uma apreciação econômica ou pecuniária, e sim, como observa João de Matos Antunes Varela²⁸, deve-se levar em consideração que o ato viole um interesse real do sujeito e que este interesse seja digno de proteção legal.

Esses argumentos podem ser fragilizados, pois alguns teóricos se esquecem de que as normas do Direito de Família fazem parte de um conjunto de normas que devem seguir e se adequar aos preceitos constitucionais e aos princípios de direitos e garantias fundamentais supranacionais, além dos princípios gerais do direito e os princípios que norteiam o Código Civil. A Constituição Federal, a que, o Direito de Família deve se sujeitar, prevê em seu artigo 5º, inciso V, que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material ou moral ou à imagem.

O Código Civil garante no seu artigo 927 o dever de indenizar a todo ato ilícito que causar dano a outrem, considerando como ato ilícito, por força dos artigos 186 e 187, também do Código Civil, aqueles atos praticados por alguém que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral ou exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, quando de seu exercício.

Uma indagação importante é de se saber de qual classe de Responsabilidade se verificará, se objetiva ou subjetiva, como já mencionado anteriormente, a Responsabilidade Civil no Direito de Família é responsabilidade subjetiva pois há a necessidade de se verificar a culpa na

²⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. vol.1, São Paulo: Almedina, 2008, p. 109.

conduta de um dos cônjuges. Fala-se de um ato ilícito cujo dever de indenizar está previsto de forma genérica na legislação, por aplicação do parágrafo único do artigo 927, conclui-se que se está diante de uma Responsabilidade subjetiva, que necessita para a sua configuração que o autor do pedido indenizatório comprove o ato ilícito, o dano, o nexo de causalidade e a não ocorrência de excludentes da Responsabilidade. Sem a prova destes elementos, não há que se falar em indenização. Já a Responsabilidade Civil objetiva pode ser definida como a abstração do elemento culpa, verificando que em alguns casos a culpa é presumida, por conta da atividade do agente e o risco resulta da própria atividade do agente²⁹.

Um caso-marco da análise dos princípios da Responsabilidade Civil ao Direito de Família cuida do direito de indenização do dano moral por abandono afetivo, que levado ao Judiciário Mineiro encontrou acolhimento do então Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sofreu reforma da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça e que subiu ao Supremo Tribunal Federal para buscar a última palavra sobre o assunto, agora sob o ângulo da interpretação constitucional.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça condenou um pai a pagar indenização por abandono afetivo e material, após o reconhecimento judicial da paternidade. Ao dano foi atribuído reparabilidade mensurada em R\$200.000,00 (duzentos mil reais) à filha, por ausência do pai durante a infância e a adolescência da mesma. O caso é originário do Estado de São Paulo, e em primeira instância o pedido de indenização foi julgado improcedente. Em fase recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença, reconhecendo o abandono afetivo e fixando compensação por danos morais

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade Civil: Noções Gerais. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Viltal da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34-37.

³⁰ Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não restando ensejo à aplicabilidade da norma do artigo 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial 757.411/MG. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 29 de novembro de 2005).

em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), por entender ser o pai *abastado e próspero*.

No Superior Tribunal de Justiça³¹ o pai alegou a impossibilidade de indenização pelos fatos narrados, afirmando que a única punição que poderia sofrer era a perda do poder familiar. A relatora do processo, ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma, entendeu que a filha superou as dificuldades sentimentais ocasionadas pelo tratamento inferiorizado dado por seu pai a ela em relação aos outros filhos do mesmo, sem que fossem oferecidas as mesmas condições de desenvolvimento dadas àqueles, do outro casamento do pai. Apesar de a indenização ter sido reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, a 3ª Turma reduziu o valor da indenização para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que será atualizado a partir de 26 de novembro de 2008, quando o julgamento paulista foi realizado.

Em Minas Gerais, um filho também promoveu ação de indenização em face de seu pai, por ter ele o abandonado aos 6 (seis) anos de idade, e dos 6 (seis) até os 15 (quinze) anos, aquele menino o teria procurado inúmeras vezes tentando estreitar os laços paternos mas nunca obteve êxito, pois o pai

³¹ Recurso Especial 1159242 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 24/04/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 10/05/2012 Ementa CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à Responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do artigo 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

reagia ao contrário, se ausentando dos aniversários do filho, sendo indiferente em sua aprovação no vestibular, entre outras situações.

Feita a perícia psicológica no tramitar dos autos, verificou-se que o filho obteve vários problemas psicopatológicos por conta da ausência de seu pai. Desta feita, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão proferido na Apelação nº 408.550-5, relatado pelo Juiz Unias Silva, condenou o pai a indenizar o filho pelos danos morais que lhe foram causados, em importância equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, sob o fundamento de que a afetividade deve presidir as relações paterno-filiais, sendo que a falta de amor fere o princípio da dignidade humana, sufragado pela Constituição Federal (artigo 1º, inciso III).

No entanto, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, em acórdão relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, deu provimento ao Recurso Especial nº 757411-MG³², interposto pelo pai, revogando a decisão do Tribunal de Minas Gerais, de modo a julgar improcedente o pedido reparatório. O Ministério Público opinou pelo provimento do recurso, afirmando que *não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor*. Mesmo entendimento teve o Ministro Jorge Scartezzini, membro da Turma julgadora, que transpareceu seu entrosamento alegando que é inquestionável a falta de amor no âmbito jurídico. Concluiu o acórdão, por maioria, que *não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização*.

Examina-se que a ação acima discutida não teve como condão de análise o texto do artigo 186 do Código Civil cumulado com o artigo 927 do Código Civil. O pedido do filho em face do pai se pautou na indenização por danos morais por falta de amor, e exclusivamente por isso. Talvez, se o filho tivesse fundamentado seu pedido nas consequências que a falta desse amor

³² Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO.DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. 29 de novembro de 2005.

lhe trouxe, como por exemplo, a infringência do dever de cuidado que todo pai deve ter por seu filho, e que essa falta de cuidado lhe gerou os problemas emocionais e psicológicos por ele narrados e confirmados por perícia, tivesse assim se referido a ação tivesse sido procedente. Mensurar judicialmente a falta de amor não é possível, pois é altamente subjetivo e não pode ser imposto ou exigido de ninguém o amar ou desamar.

O artigo 186 do Código Civil, que está inserido na Parte Geral do Código Civil e, portanto, aplica-se à sua Parte Especial, na qual está o Livro do Direito de Família, estabelece os seguintes requisitos da Responsabilidade civil: ação ou omissão que viola direito, nexo causal e dano moral e/ou material. Caso o filho tivesse alegado que o pai descumpriu para com ele o dever de cuidado, constante do artigo 1.634 do Código Civil, tivesse logrado êxito sua ação.

A ação de reparação de danos, ao que parece, fundamentou-se na falta de afeto ou amor do pai pelo filho. Amar não é dever ou direito no plano jurídico. Portanto, não há qualquer ilicitude na falta de amor. Quem deixa de amar, numa relação de família, não pratica ato ilícito. O amor é um sentimento que não tem definição nem mesmo em outros planos³³. No plano jurídico existem deveres e direitos que resultam do vínculo familiar, e aí sim é possível verificar pelo seu descumprimento uma hipótese de reparação.

Nas relações entre pais e filhos, tanto o Código Civil anterior (artigo 384, I e II), como o Código Civil atual (artigo 1.634, I e II) estabelecem deveres, dentre os quais está o dever do pai e da mãe de ter o filho em sua companhia e educá-lo. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º, 4º e 5º, estatui o dever da família de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor, em condições de dignidade, referindo expressamente a convivência familiar como direito da criança e do adolescente e a punição em caso de omissão quanto à preservação de seus direitos da

³³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil no rompimento do casamento II*. Disponível em: <<https://www.reginabeatriz.com.br>>. Acesso em: 14 de julho de 2012.

personalidade. Ainda, dispõe o artigo 1.632 do Código Civil, a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, ou seja, não importam na renúncia, na perda ou na suspensão do poder familiar do genitor que não tem a guarda do filho.

O abandono do filho, desde que seja voluntário e injustificado, configura violação ao dever do pai de ter o filho em sua companhia, viola o dever de cuidado, viola o direito do filho de convivência familiar, configurando a ação ou omissão, um dos requisitos da Responsabilidade Civil. Se dessa conduta resultam danos ao filho, como no caso apurou o laudo pericial, estarão preenchidos os outros requisitos da Responsabilidade Civil, como o nexo causal e dano³⁴.

Quando se está em discussão a análise de um caso concreto pelo Poder Judiciário a qual é necessário verificar, sendo Responsabilidade Civil, as regras e normas que foram descumpridas pelo réu ou quais foram os ilícitos praticados ou ainda, se houve omissão de alguns dos deveres ao réu imposto, a técnica jurídica não pode ser olvidada. Como a falta de afeto ou de amor não é omissão legal não pôde gerar a condenação paterna no pagamento de indenização ao filho.

Regina Beatriz Tavares da Silva³⁵, pronunciando-se sobre o julgamento, entendeu exagerada a fundamentação na falta de afeto ou de amor, matéria que tem sede psicanalítica e não jurídica, da forma em que a ação reparatória em análise foi conduzida, causou o receio dos julgadores de criar insegurança jurídica, levando o Superior Tribunal de Justiça ao não acolhimento do pedido de indenização ali realizado. Para a autora é preciso demonstrar o preenchimento dos requisitos da Responsabilidade civil nos pedidos reparatórios, inclusive nas relações familiares: a ação ou omissão que

³⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Caso real de abandono paterno*. Disponível em: <<https://www.reginabeatriz.com.br>>. Acesso em: 14 de julho de 2012.

³⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Caso real de abandono paterno*. Disponível em: <<https://www.reginabeatriz.com.br>>. Acesso em: 14 de julho de 2012.

viola direito, ligada, pelo nexo causal, ao dano, material e/ou moral, conforme artigo 186 do Código Civil.

Outro julgado que analisa a aplicabilidade dos princípios da Responsabilidade Civil ao Direito de Família trata do direito de indenização do dano moral por infidelidade conjugal e por violação do dever moral de lealdade e sinceridade da mulher que, além de cometer infidelidade conjugal, omitiu do marido que a paternidade biológica dos filhos era do coautor da infidelidade ou do adultério³⁶.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou a indenização por dano moral por violação do dever moral de lealdade e sinceridade da mulher por omitir do marido que não era pai biológico dos filhos da mulher infiel, porém negou pedido de indenização por infidelidade conjugal. O Recurso Especial do ex-marido ao Superior Tribunal de Justiça pretendia reforma da decisão para condenação da mulher também pela violação do dever de fidelidade conjugal, que foi negado por entender que houvera perdão tácito do ex-marido já que, na ação de separação se propôs a pagar alimentos à ex-mulher.

³⁶Ementa: Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório. Exige-se, para a configuração da Responsabilidade Civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no artigo 231 do CC/16 (correspondência: artigo 1.566 do CÓDIGO CIVIL). Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados. A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. Para a materialização da solidariedade prevista no artigo 1.518 do CC/16 (correspondência: artigo 942 do CÓDIGO CIVIL), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos. (Recurso Especial 742137 / RJ RECURSO ESPECIAL 2005/0060295-2 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 21/08/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 29/10/2007 p. 218 RNDJ vol. 96 p. 56).

O Superior Tribunal de Justiça admitiu o cabimento de indenização do dano moral por infidelidade conjugal, não aplicando ao caso por entender que ocorrera perdão tácito. O acórdão também anota que a indenização do dano moral por infidelidade está englobada de forma indireta na indenização pela violação dos deveres de lealdade e de sinceridade, relativa à união estável.

Durante muito tempo, principalmente anteriormente a promulgação da Constituição Federal e do Código Civil de 2002, a família foi vista como um fim em si mesma e os laços matrimoniais eram mantidos independentemente do respeito aos direitos e interesses individuais de cada cônjuge, o que poderia ser manifestado como uma imunidade entre os cônjuges, não podendo um atingir a esfera moral, psicológica, imaterial do outro.³⁷ Perdeu força o posicionamento que caminhava no sentido de inexistência de Responsabilização civil em casos familiares, principalmente porque o instituto do dano moral, além de mais aplicado teve uma ampliação conceitual, tendo como suporte algumas decisões e estudos da doutrina.

Existem correntes que estudam e defendem posicionamentos diferenciados quanto à aplicação dos princípios da Responsabilidade Civil no Direito de Família. A primeira defende a ideia de que é possível a condenação por dano moral em face do descumprimento dos deveres conjugais expressos no artigo 1566 do Código Civil³⁸.

Regina Beatriz Tavares da Silva é uma das defensoras dessa corrente e afirma que como a lei estabelece deveres aos cônjuges, os mesmos assim o estão obrigados, e uma vez violado o dever, gera para o outro a

³⁷ LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade Civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 489.

³⁸ I – fidelidade recíproca, II – vida em comum no domicílio conjugal, III – mútua assistência, IV – sustento, guarda e educação dos filhos, bem como, V – respeito e consideração mútuos.

possibilidade de reparação civil, pois houve o preenchimento dos pressupostos da Responsabilidade Civil, observando-se a ação, o dano e o nexo causal.³⁹

O acolhimento por esse posicionamento entende que o Direito de Família não pode ser analisado de maneira isolada, devendo o artigo 186 do Código Civil ser aplicado conjuntamente ao artigo 1566, de modo que aquele que não observar tais preceitos legais comete ato ilícito, ficando sujeito a reparar o dano do outro.⁴⁰

Nas relações conjugais é possível constatar os requisitos necessários para a Responsabilidade Civil do cônjuge que infringe com sua conduta um dos deveres a ele imposto e previamente conhecido, também é possível apurar a culpa do violador e o prejuízo sofrido pela vítima, não necessitando de normas específicas e especiais para o Direito de Família, utilizando para isso as regras genéricas do Código Civil.⁴¹

Em outros assuntos, relacionados ao Direito de Família, que não apenas no descumprimento dos deveres do casamento e união estável, é possível verificar a aplicação dos princípios da Responsabilidade Civil, tanto em danos materiais como em danos morais, tais como os exemplos anteriormente expostos, fato é que, houve decisão, inclusive sobre a temática da união estável homoafetiva, quando um dos parceiros homoafetivos requereu do Poder Judiciário a condenação do outro em danos morais e materiais por ter transmitido doença venérea e incurável, sabendo anteriormente da doença e não tendo informado o parceiro da previsibilidade da contaminação. Sobre a

³⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Afetividade e Responsabilidade nas relações de família*. Revista do Advogado, n. 91, maio de 2007, p. 116.

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Responsabilidade Civil nas Relações Familiares*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre. V. 24 (out./nov. 2011)

⁴¹ “Os pressupostos da Responsabilidade Civil adéquam-se ao ilícito conjugal: é possível formular um juízo de culpa acerca da conduta do cônjuge que viola um dever conjugal; a complexidade da relação conjugal não inviabiliza a fixação do nexo causal e há critérios que permitem a determinação dos danos indenizáveis. Não correspondendo o Direito de Família a um sistema jurídico fechado, autossuficiente, o silêncio da lei acerca da Responsabilidade Civil entre os membros da família deve ser preferencialmente entendido como uma remissão para as normas gerais de Direito e não como uma rejeição destas.” PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal (os deveres conjugais sexuais)*. Revista de Direito de Família e Sucessões, n. 4, jun./jul. 2008, p. 108.

decisão em discussão, Maria José Perillo Fleury⁴² entendeu pela possibilidade indenizatória, por danos morais e materiais, quando um dos parceiros, involuntariamente e por desconhecimento, vier a se contaminar através de contato sexual com o parceiro, por doença sexualmente transmissível e incurável – AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida).

Cita-se aqui como um dos posicionamentos contrários à aplicação das regras da Responsabilidade Civil ao Direito de Família, um acórdão datado de 15/03/1999 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que afirmou que a conclusão inarredável a que se chega é a inadmissibilidade da pretensão indenizatória: uma, por que, não há disposição expressa a respeito; duas, porque as sanções pelas infringências às regras da instituição do casamento esgotam-se nas normas previstas que o regem, não se admitindo a aplicação de regras emprestadas de outros campos do Direito Civil, como se procura fazer na espécie.

O afeto, o amor, os sentimentos, são as principais substâncias encontradas e esperadas nas relações familiares. São fatores de difícil apreciação pelo Poder Judiciário, muito mais estudados e percebidos em outras áreas do conhecimento e é importante notar, pelas decisões e estudos até aqui verificados, que o desamor, por si só, não gera o direito à indenização, já que amar não é dever jurídico, é verbo não contemplado pelo ordenamento jurídico como obrigação ou desobrigação, como ação ou como omissão, inexistindo ato ilícito na falta de amor, na falta de afeto.

É imperioso o preenchimento dos pressupostos da Responsabilidade civil - ato ilícito (violação a dever familiar/conjugal) e dano (moral ou material), ligados pelo nexo causal -, para que caiba a reparação civil no rompimento do casamento ou abandono afetivo, por exemplo. No que tange ao casamento, principalmente antes da Emenda Constitucional n. 66 de 2010,

⁴² FLEURY, Maria José Perillo. *Dano moral – Sociedade de Fato: Reconhecimento entre Parceiros Homossexuais, Previsibilidade do Risco de Contaminação e o Direito à Indenização por Danos Morais*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 25, set./out., 2003, p. 33.

o sistema jurídico brasileiro exigia o prévio ou concomitante procedimento de separação judicial culposa para que após a imposição da culpa ao cônjuge, a vítima tivesse subsídio para ingressar com o pedido de indenização, que para alguns teóricos era a única sede em que cabe a demonstração do descumprimento de dever conjugal (Código Civil de 2002, artigo 1.572, caput), que será melhor analisado no próximo subitem.

Tal qual o casamento, na união estável aplicam-se os mesmos princípios, de modo que, descumprido um dever oriundo da união estável, como a lealdade, a mútua assistência ou o respeito, os danos acarretados ao consorte são reparáveis e sua indenização pode ser pedida em cumulação com pedido de reconhecimento e dissolução de união estável (Código Civil, artigo 1.724).

No que se refere às relações entre pais e filhos, especialmente no exercício dos deveres referentes à guarda, sustento e educação, também se aplicam os princípios da Responsabilidade civil, de modo que o genitor que descumpre dever para com os filhos e causa danos morais ou materiais à prole também pode ser condenado ao pagamento da devida indenização.

Regina Beatriz Tavares da Silva⁴³ faz questão de mencionar que o Direito de Família, que regula as relações dos cônjuges, dos companheiros e dos pais e filhos, não está num pedestal inalcançável pelos princípios da Responsabilidade Civil. Pensamento contrário, ao imaginar que coloca a família num plano superior, na verdade, deixa de oferecer proteção aos membros de uma família, impedindo-lhes a utilização do mais relevante instrumento jurídico, que assegura condições existenciais da vida em sociedade: a reparação civil de danos. Além disso, os deveres de família seriam transformados em meras recomendações, sem as devidas consequências por sua infração, a favorecer o seu inadimplemento.

⁴³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil no rompimento do casamento III: infidelidade*. Disponível em <[http: www.reginabeatriz.com.br](http://www.reginabeatriz.com.br)>. Acesso em: 19 de junho de 2012.

1.3 A culpa na separação e no divórcio

A busca por um culpado pelo rompimento dos vínculos afetivos, seja casamento ou união estável, foi primeiramente imposta pela religião, na intenção de dificultar o fim dos relacionamentos familiares, pretendendo a todo custo manter os casamentos, manter os pais unidos, fisicamente e cotidianamente, aos filhos. Mesmo agora, no ano de 2012, a Igreja Católica não permite o divórcio, impossibilitando o segundo casamento de alguém divorciado sob sua doutrina, mas mesmo assim, o processo de secularização da família é amplamente verificado.

Sobre a secularização do Direito de Família, Belmiro Pedro Welter⁴⁴ ensinando sobre a laicização, diz que há muitos séculos, a Igreja Católica instituiu a noção de culpa no casamento, em busca do *cometimento e absorção da mácula do pecado original de Adão e Eva, que foram expulsos do paraíso*. Logo, surgiu o princípio da culpa canônica, que tem como objetivo a manutenção do casamento, haja vista que esse só poderia ser dissolvido caso houvesse a demonstração da culpa de um dos cônjuges, e este considerado o culpado seria obviamente punido.

Maria Berenice Dias⁴⁵ afirma que *há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da Responsabilidade Civil*, acentua que desde a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, que decretou o fim da separação não há mais o que se falar em busca da culpa para a dissolução do vínculo matrimonial⁴⁶, o que poderia ser denominado de *abolitius*⁴⁷ da imposição de penas que poderiam advir do descumprimento dos deveres do casamento. A percepção

⁴⁴ WELTER, Belmiro Pedro. A secularização do Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 90.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.

⁴⁷ Uma forma de tornar atípica penalmente uma conduta até então proibida pela lei penal. Aqui utilizada para enfatizar o fim da culpa no processo de separação.

de Maria Berenice Dias é que há uma tendência em transformar a desilusão pelo fim dos vínculos afetivos em possibilidade indenizatória⁴⁸.

Belmiro Pedro Welter⁴⁹ garante que as leis que adotam o critério da culpa nas perspectivas familiares devem ser consideradas inconstitucionais, fundamenta o argumento dizendo que o Estado de Direito laicizou-se, que se deve seguir critérios jurídicos e não morais, portanto, o elemento moral não é mais um *mandato das alturas*, além do que, as leis infraconstitucionais não podem limitar a liberdade que foi concedida constitucionalmente, logo, se a Constituição Federal que é laica, permitiu a liberdade, tanto de culto religioso, quanto de ideologias e pensamento, o homem também é livre para entrar e sair de um casamento ou união estável, aprimorando inclusive, o conceito de democracia, ainda, enumera a impossibilidade de leis infraconstitucionais de contrariarem princípios como os da dignidade da pessoa humana, prevalência dos interesses dos cônjuges, do afeto, da solidariedade, entre outros.⁵⁰

Maria Cláudia Crespo Brauner⁵¹ abona que *mais do que nunca, a liberdade, a igualdade e a responsabilidade governam as relações entre os cônjuges*, que a realidade vivida pelo Direito de Família atual é a sobre a

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

⁵⁰ Para o arremate perfeito do entendimento de Belmiro Pedro Welter relevante é trazer ao trabalho o que afirma com suas próprias palavras: (...), em vista dos princípios da separação entre o Estado e a Religião, da dessacralização do casamento, da liberdade, da igualdade, da prevalência dos interesses dos cônjuges e dos companheiros, da felicidade, da solidariedade, do afeto, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, leigo será o pedido de indenização por danos morais, à medida que a Responsabilidade imposta no Direito de Família é apenas o *direito de ser feliz e o dever de fazer o outro feliz*. O amor é a estrada de mão dupla, na qual os cônjuges ou companheiros são responsáveis pelos seus atos e suas escolhas, pelo o que não se pode discutir a culpa. No Direito de Família não há Responsabilidade Civil, e sim a Responsabilidade pessoal, em vista da liberdade de escolha do consorte, da situação em que o cônjuge ou companheiro se encontra, ao optar pela dissolução da entidade familiar e pela saída desse conflito (...). Isso não significa que o dano moral deve ser alijado do Direito de Família, porque se os consertes, na constância do casamento ou da união estável, praticarem, entre si, ilícito penal, esse dano deve ser indenizado, não porque o fato ocorreu durante a sociedade conjugal ou entidade familiar, e sim porque o amor não escusa o delito.

⁵¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 262.

relevância do afeto, quando segundo a autora, não é mais fundamental a noção de culpa quando o assunto é a ruptura das relações familiares e sim se há ou não afeto. O afeto é que é o fundamento de singular importância nas relações familiares, é por ele que as relações se iniciam e, com sua falta, podem se desfazer.

Rodrigo da Cunha Pereira⁵² assevera que quando se procura um culpado pelo fracasso de uma relação conjugal, cria-se impedimentos mais, pois um dos cônjuges, aquele que se considera inocente buscará fatos que demonstrem a culpa do outro, muitas vezes ampliando o sofrimento e as feridas, e, sendo o afeto um valor, um sentimento, é subjetivo, o que torna o rompimento de um casal subjetivo, dificultando a imputação da culpa.

Adélia Moreira Pessoa, comentando o julgamento do Recurso Especial n. 467.184/SP⁵³, trata da objetivação da ruptura na separação judicial. Nesse julgado, os ministros entenderam pela decretação da separação sem a imputação da causa a qualquer das partes. Adélia Moreira Pessoa comenta que esse entendimento é vanguardista no Direito de Família, mesmo sendo a separação litigiosa⁵⁴. A objetivação da ruptura do casamento e união estável se dá por haver limites na intervenção do Estado-juiz na intimidade do casal⁵⁵. Essa concepção pode ser afirmada por Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁶ que alega ser tendência do Estado afastar-se cada vez mais da vida privada do cidadão, e assim, distanciando do Direito de Família.

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 48.

⁵³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 467.184/SP. Relator Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgamento em 05 de dezembro de 2002. SEPARAÇÃO. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte.

⁵⁴ PESSOA, Adélia Moreira. *A objetivação da Ruptura na Separação Judicial*. Revista Brasileira de Direito de Família – Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 5, n. 22, fev./mar., 2004, p. 42.

⁵⁵ PESSOA, Adélia Moreira. *A objetivação da Ruptura na Separação Judicial*. Revista Brasileira de Direito de Família – Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 5, n. 22, fev./mar., 2004, p. 42.

⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Os direitos humanos na família*. In: Síntese da palestra de abertura da 11ª Conferência Mundial da ISFL – Sociedade Internacional do Direito de Família. Migalhas de Peso: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1315,71043-Os+direitos+humanos+na+familia>>. Acesso em 20 de março de 2012.

A continuação pela aplicação da culpa nas rupturas conjugais pode continuar pelo apego ao formalismo, próprio do mundo jurídico. Observa-se que muitas vezes a imposição da culpa em um processo de separação e/ou divórcio é sinônimo do apego que o magistrado tem ao formalismo e à lei, numa pressuposição de segurança jurídica, que pode sim, em alguns casos ser apenas ilusão, pois casuisticamente é que se pode ter a verdadeira noção da necessidade ou não da demonstração de culpa num processo de ruptura conjugal.⁵⁷

É difícil apontar a um só dos cônjuges a culpa pela separação, a Responsabilidade pelo fim da afetividade, principalmente, quando verifica-se que o Código Civil prescinde da discussão de culpa na decretação da separação e do divórcio direto. O Código Civil ainda possibilita a arguição da culpa como causa quando o que se está em discussão é a separação litigiosa, mesmo sabendo-se que o artigo 1572 e 1573 do Código Civil, não sendo rol taxativo de cláusulas, admite ao juiz buscar dentro das possibilidades processuais de cada caso outro motivo para que a separação litigiosa se decrete.⁵⁸

Chaim Perelman⁵⁹ aduz que nos dias atuais passou-se a confiar ao juiz a missão de buscar, para cada demanda individualmente, uma solução equitativa e razoável, requerendo ainda, que o juiz permaneça atuando da mesma sorte dentro dos limites autorizados pelo sistema de regras e normas. Casuisticamente o juiz em cada processo de separação ou em ações próprias reparatórias verificará essa possibilidade, observando a lei e os princípios.

Uma das motivações em se retirar o elemento culpa das separações pode estar no novo modelo de família, consolidado principalmente com o

⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Os direitos humanos na família*. In: Síntese da palestra de abertura da 11ª Conferência Mundial da ISFL – Sociedade Internacional do Direito de Família. Migalhas de Peso: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1315,71043-Os+direitos+humanos+na+familia>>. Acesso em 20 de março de 2012.

⁵⁸ PESSOA, Adélia Moreira. *A objetivação da Ruptura na Separação Judicial*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA – Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 5, n. 22, fev./mar., 2004, p. 44.

⁵⁹ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 185.

advento da Constituição Federal, em que a família hierarquizada cedeu lugar à igualdade dos gêneros, tanto que Gustavo Tepedino⁶⁰ afirma que a perda da força da culpa nos processos de rupturas conjugais se deu, principalmente, porque a mulher conquistou um local de igualdade junto ao homem, igualdade social e jurídica. Independente da apuração da culpa conjugal pela separação ou divórcio, o instituto do dano moral pode ser aplicado nas ações de Direito de Família de forma ampla⁶¹.

Sob dois ângulos é relevante a análise da culpa na separação ou divórcio. A primeira análise é feita verificando o conflito conjugal, decepções, problemas e inadequações verificadas no ângulo da afetividade, momento em que não há como apontar um culpado, por exemplo, pela falta de amor ou carinho.

Outro ângulo que há de ser observado é o ângulo concreto e objetivo, o ângulo do litígio judicial, quando poderá ser verificado um culpado pelo rompimento da relação matrimonial. Não resolvido o litígio conjugal, a consequência poderá ser o litígio judicial. No litígio judicial buscar-se-á a conduta do suposto causador de dano que prejudicou a suposta vítima, observando qual lei, norma ou princípio que o suposto causador de dano infringiu.

O casamento e união estável, apesar de suas características especiais, são contratos, o primeiro mais solene do que o segundo, e ambos respeitando uma série de regramentos, principalmente as normas estabelecidas pela Constituição Federal e Código Civil. São institutos que

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 1999, p. 202.

⁶¹ PIZZETA, José. *Danos morais na infidelidade conjugal e no Direito de Família em geral, a garantia constitucional, a doutrinalização e a jurisprudencialização do direito e família*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 52, 30/04/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2535. Acesso em 01 de abril de 2012.

seguem leis, e estas podem ser descumpridas, e, caso descumpridas, nasce para o Estado o dever-poder de penalizar o indivíduo que descumpriu.

Vê-se que em relação ao casamento e à união estável, caso haja descumprimento, não é apenas contratual, mas também legal. A infidelidade ou adultério são dois tipos de descumprimentos do ordenamento jurídico, primeiramente desrespeitam as normas contratuais pré-estabelecidas e ainda, podem por suas consequências, causar danos morais em relação aos direitos da personalidade da vítima, por conta do abalo que provavelmente sentirá.

O que não pode acontecer é o discurso sobre o termo culpa ser mais utilizado do que as palavras amor e solidariedade, no Direito de Família, e isso, para Douglas Phillips Freitas é uma infelicidade, pois verifica-se mais preocupação com o abandono do lar, perda do patronímico, injúria, adultério, entre outros, impondo a um dos cônjuges a culpa, não sendo na realidade o verdadeiro motivo do rompimento da relação conjugal.⁶²

Como há uma dificuldade, em ambos os cônjuges, de se romper um vínculo que foi estabelecido para ser eterno, e sabendo-se que a separação, o rompimento do relacionamento é doloroso e abala inclusive a própria identidade da pessoa, talvez fosse uma alternativa para o cônjuge demonstrar a culpa do outro, quem sabe assim, amenizando a dor pelo fim⁶³.

⁶² FREITAS Douglas Phillips. *A função sociojurídica do(a) amante*. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Síntese, v. 13, n. 66, jun./jul., 2011, p. 225.

⁶³ Maria Berenice Dias ensaia um breve histórico que poderia ser motivador para a busca da culpa no fim do casamento ou uniões, e diz: “A evolução da Medicina, com a descoberta de métodos contraceptivos, bem como as lutas emancipatórias, levaram ao surgimento de uma nova postura feminina, que impôs a redefinição do modelo ideal de família. A mulher, ao se integrar no mercado de trabalho, saiu para fora do lar, cobrando do homem a necessidade de assumir Responsabilidades dentro de casa. Essa mudança acabou por provocar o afastamento do parâmetro idealizado da família, ensejando previsível desequilíbrio, terreno fértil ao surgimento de conflitos. Nesse contexto é que surgem as desavenças e, muitas vezes, a violência, como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero. Quando um não está satisfeito com a atuação do outro no desempenho do modelo de comportamento esperado, ocorre o rompimento do vínculo afetivo. Necessidade econômica, culpa, compaixão, ódio ou preocupação com a prole fazem, no entanto, com que permaneçam as pessoas muito tempo ainda enredadas em um relacionamento já falido. Apesar das sensações de perda, tristeza e culpa, que geram conflitos internos e conduzem a carências afetivas, o sentimento de abandono é mais forte, levando à raiva e à depressão. Um sempre culpa o outro – muito raramente culpa a si mesmo – pelo insucesso em preservar a integridade do casamento que um dia os dois juraram manter na riqueza e na pobreza, na saúde e na

Para Maria Berenice Dias⁶⁴, a necessidade de identificação de culpado, é um processo que torna a separação ainda mais dolorosa desnudando a intimidade da vida familiar e produzindo traumas ainda piores, ato contrário a cada pessoa da família e que pode repercutir na pessoa dos filhos, os mais sofrendores. Contrária, inclusive, a quem a lei se propõe a defender. A tendência atual é desmistificar o divórcio, encontrar nele uma possibilidade de retorno a felicidade, tratando-se apenas de uma decisão pessoal que não pode sofrer intervenção do Estado. Continua a autora afirmando que preservar o direito a felicidade é digerir o divórcio sem a necessidade de se impor a culpa a nenhum dos cônjuges, apenas definindo os direitos e deveres relacionados aos filhos e partilhar os bens.

Apesar da divergência entre a permanência ou não da averiguação da culpa em um processo de separação, alguns julgados proferidos posteriormente a Emenda Constitucional n. 66 de 14 de julho de 2010, continuaram a entender pela aplicação do instituto da culpa em nosso ordenamento jurídico.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verifica-se um acórdão relatado pelo desembargador Ênio Zuliani, que esclareceu a possibilidade de se ver em uma ação de divórcio judicial litigioso a oportunidade de se discutir sobre *questões essenciais e conflituosas*⁶⁵. No mesmo tribunal, outro julgado, relatado pelo desembargador Mônaco da Silva,

doença, amando e respeitando um ao outro por todos os dias de suas vidas. Ninguém quer assumir a Responsabilidade pelo fracasso, pois o "bandido" da história é quem pediu o divórcio; o "mocinho" é quem deseja continuar com a família, conforme Judith S. Wallerstein e Sandra Blekeslee". DIAS, Maria Berenice. *Separação: culpa ou só desamor?* Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 15 de maio de 2012,

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Separação: culpa ou só desamor?* Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação 0005080-84.2009.8.26.0565, 4ª Câmara de Direito Privado, julgamento em 03/02/2011. Relator: Enio Zuliani Comarca: São Caetano do Sul, Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado, data de registro: 04.02.2011, data do julgamento: 03.02.2011. Outros números: 50808420098260565.

Ementa: Ação de divórcio Pedido de alimentos pela ex-mulher, funcionária pública municipal - Consorte que após viver sem o auxílio financeiro do ex-marido por mais de três anos, pleiteia alimentos com base no dever de solidariedade, consubstanciado pelos quase 20 anos que permaneceram casados Não comprovação da dependência econômica que justificaria a fixação do encargo Não provimento.

bem esclarece que *os consortes podem postular, a seu bel prazer a separação judicial, consensual ou litigiosa e o divórcio judicial, consensual ou litigioso, além das medidas de cunho extrajudicial, enfatizando que tudo vai depender do interesse de cada um dos cônjuges ou de ambos*⁶⁶. Um outro acórdão, relatado pelo desembargador Caetano Lagrasta, reconheceu que a possibilidade de apuração da culpa permanece em nosso ordenamento jurídico, mesmo que tenha deixado as discussões sobre culpa e seus efeitos para uma parte particular da decisão⁶⁷.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também foi verificado alguns acórdãos que ainda reconhecem a possibilidade de discussão de culpa nas ações que tratam de rompimentos conjugais. Um dos acórdãos, de relatoria do desembargador Maurício Barros, que julgou duas apelações interpostas em face de sentença proferida em ação de separação judicial litigiosa culposa, com causa de pedir consistente na infidelidade de um dos cônjuges, registrou que *a questão da culpa influencia não somente na separação judicial, mas na fixação de pensão alimentícia e até mesmo na perda do direito ao uso do nome*, de modo que, *estando provado que a separação do casal teve como causa o adultério praticado pelo autor/reconvindo, deve ser julgado procedente o pedido reconvencional e improcedente o pedido principal*, já que *o que a Constituição fez foi, simplesmente, simplificar o caminho para o divórcio. Antigamente exigia-se uma separação prévia, hoje não é mais necessário*, e complementa dizendo que *pode ser perfeitamente do interesse do casal, ao invés de se divorciar, se separar, deixando aberta a porta para o reatamento da sociedade conjugal, sem a formalidade de um novo casamento*⁶⁸. Ainda no Tribunal mineiro um outro julgado, relatado pelo desembargador Wander Marotta, deixa expresso que *a separação judicial continua tendo validade no ordenamento jurídico, não*

⁶⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação 990.10.534475-5, 5ª Câmara de Direito Privado, julgamento 15/12/2010. Relator: Enio Zuliani.

⁶⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 990.10.357301-3, 8ª Câmara de Direito Privado, julgamento 10/11/2010. Relator: Caetano Lagrasta.

⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0701.09.260001-7/003, 6ª Câmara Cível, julgamento em 07/12/2010. Relator: Maurício Barros.

*sendo facultado ao magistrado decidir a forma pela qual deva ser dissolvido o casamento*⁶⁹.

Não é diferente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde as decisões caminham pela uniformidade em relação a manutenção da separação e da possibilidade jurídica da apuração da culpa nas ações respectivas, tendo como fundamento principal a aplicação mediata da Emenda Constitucional n. 66/2010. Há nesses acórdãos luminosas observações sobre os efeitos que a supressão da separação e da espécie culposa poderia acarretar em nosso ordenamento jurídico, ainda mais antes de eventual e futura modificação da legislação infraconstitucional.⁷⁰

Nos julgados do Tribunal do Rio Grande do Sul ficou demonstrado que a decretação de ofício do divórcio em ações de separação judicial fere as normas de direito processual, eis que *são muito graves as consequências de tal proceder (especialmente em tema tão relevante, que, mais do que questões meramente patrimoniais, dispõe quanto ao próprio estado da pessoa), pois o divórcio rompe, em definitivo, o vínculo e direitos gerados pelo casamento* –

⁶⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0011.10.000370-3/001, 7ª Câmara Cível, julgamento em 09/11/2010. Relator: Wander Marotta.

⁷⁰ Exemplos: Agravo de Instrumento 70039285457, 7ª Câmara Cível, relator desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgamento em 01/11/2010; Agravo de Instrumento 70039285457, 7ª Câmara Cível, relator desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 01/11/2010; Apelação Cível 70039827159, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 27/01/2011; Agravo de Instrumento 70038704821, 7ª Câmara Cível, relator desembargador André Luiz Planella Villarinho, julgamento em 23/02/2011; Apelação Cível 70039223029, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgamento em 24/02/2011; Agravo de Instrumento 70040086829, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgamento 24/02/2011; Agravo de Instrumento 70039871934, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgamento em 24/02/2011; Agravo de Instrumento 70041075862, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 31/03/2011; Apelação Cível nº 70041223488, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 31/03/2011; Apelação Cível 70041362237, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 31/03/2011; Apelação Cível 70039240924, 7ª Câmara Cível, relator desembargador Roberto Carvalho Fraga, julgamento em 01/04/2011; Apelação Cível 70040795247, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 07/04/2011; Apelação Cível 70040844375, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 07/04/2011).

*vale, como exemplo, o tema dos alimentos, que, obtido o divórcio, não mais poderão ser postulados*⁷¹.

Alguns julgados divergentes também foram encontrados, sendo que os mesmos foram buscados nos sítios dos tribunais. Esses se fundamentam na supressão da separação, mas ressalta-se que, nesses julgados, a questão controvertida não era o grave descumprimento de dever conjugal, esses julgados não apreciaram a dissolução culposa, tal questão foi levantada como questão de fundo.

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, um acórdão relatado pelo desembargador Dárcio Lopardi Mendes, abordou sobre separação judicial fundamentada no artigo 1.573, parágrafo único, do Código Civil, sobre separação baseada na mera impossibilidade da vida em comum⁷². Em outro acórdão relatado pelo desembargador Vieira de Brito, o único fato controverso era o lapso de tempo da separação de fato e o pedido de divórcio⁷³. Mais um acórdão, de relatoria do desembargador Elias Camilo, versou somente sobre a supressão do requisito temporal da separação de fato prolongada por dois anos para o divórcio⁷⁴. E no julgado de relatoria do desembargador Geraldo Augusto a questão versava sobre mero restabelecimento da sociedade conjugal após a separação judicial, por sinal, aceita nesse acórdão⁷⁵.

Dois acórdãos foram encontrados no Tribunal de Justiça da Bahia, ambos da 5ª Câmara Cível, em que também não foi observado o debate sobre o grave descumprimento de dever conjugal, em um deles, a questão abordava somente sobre o tempo da separação, sobre o requisito temporal do divórcio,

⁷¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível, 70040844375, 8ª Câmara Cível, julgamento em 07/04/2011. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos

⁷² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0487.06.021825-1/001, 4ª Câmara Cível, julgamento em 20/01/2011. Relator: Dárcio Lopardes Mendes.

⁷³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0210.09.061665-2/001, 8ª Câmara Cível, julgamento em 21/10/2010. Relator: Vieira de Brito.

⁷⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível, 1.0210.09.062455-7/001, 3ª Câmara Cível, julgamento em 02/12/2010. Relator: Elias Camilo.

⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento 1.0313.06.205550-1/001, 1ª Câmara Cível, julgamento em 01/02/2011. Relator: Geraldo Augusto.

e, no outro, sobre a conversão da separação judicial em divórcio, sendo que nesta também não houve qualquer menção sobre descumprimento das obrigações assumidas na separação.⁷⁶

Em Santa Catarina, o acórdão tratou de matéria controversa, que era unicamente o interesse de agir dos cônjuges de requerer o divórcio pela via judicial, mesmo ausentes filhos incapazes, diante da interpretação do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, decidindo-se pela existência desse interesse de agir, sem que tenha sido anotado qualquer debate sobre o grave descumprimento de dever conjugal⁷⁷.

Pela leitura dos julgados acima identificados ficou estabelecido que quando a questão principal levantada nas ações não eram os descumprimentos dos deveres conjugais, o fim da discussão da culpa na separação foi recebido de bom grado e o contrário também pode ser afirmado, pois quando a temática principal das ações era o desrespeito de um dos deveres matrimoniais por um dos cônjuges, a culpa e seus efeitos foram amplamente verificados em cada um dos processos, mantendo o entendimento anterior à Emenda Constitucional n. 66 de 2010.

Infidelidades, agressões físicas ou morais, dissipação de bens, dentre outros graves descumprimentos de deveres conjugais não podem ficar sem consequências em nosso ordenamento jurídico, sendo relevante a manutenção, ao lado das demais espécies dissolutórias, da possibilidade de decretação da culpa na separação e, após a Emenda Constitucional n. 66 de

⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Apelação Cível 0004074-23.2005.805.0256.0, 5ª Câmara Cível, Relator Emílio Salomão Pinto Resedá; Apelação Cível 0037057-35.2003.805.0001-0, 5ª Câmara Cível, Relator Emílio Salomão Pinto Resedá.

⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível 2010.030837-8, Câmara Especial Regional de Chapecó, julgamento em 05/11/2010. Relator: Cesar Abreu.

2010, também no divórcio. A culpa pode ser considerada como a *inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar*⁷⁸.

O casamento é uma relação jurídica, que gera deveres ou normas de conduta, como a fidelidade, o respeito à integridade física e moral do cônjuge e a mútua assistência imaterial e material, conforme o artigo 1.566 do Código Civil. O descumprimento dos deveres ou normas de conduta tem como consequência a aplicação de sanção civil ao inadimplente, para que seja cumprida a finalidade do Direito, manter a ordem quando se vive em sociedade, estabelecendo limites e possibilitando um convívio pacífico entre os indivíduos.

Aqueles que entendem pela não aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil ao Direito de Família, se sustenta nas sanções civis pela inexecução das normas de conduta que regulam o casamento, que são a perda do direito à pensão alimentícia (Código Civil, artigo 1.704, *caput*), a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal (Código Civil, artigo 1.578), e a reparação de danos morais e materiais que tenham sido causados pelo descumprimento do dever conjugal (Código Civil, artigo 186).

Essas aspirações a tais sanções civis na verdade são irrelevantes, primeiro porque o cônjuge que descumpriu gravemente dever conjugal, desde que não tenha aptidão curricular para o trabalho ou parentes em condições de prestar-lhe alimentos, excepcionalmente, permanecerá com o direito a uma pensão mínima. Essa pensão mínima, além de sujeitar-se àqueles rigorosos requisitos, é constituída somente por aquilo que é indispensável ao pagamento das mais básicas e prementes necessidades, sem qualquer baliza no padrão de vida do casamento (Código Civil, artigo 1.704, parágrafo único).

Caso houve a eliminação da possibilidade de decretação da culpa na dissolução do casamento, por consequência, seriam eliminadas as sanções civis antes citadas, de modo que aquelas normas de conduta deixariam de ser

⁷⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Culpa deve ser decretada na separação e divórcio*. Disponível em: <[http: www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)> Acesso em: 26 de maio de 2012.

deveres ou obrigações jurídicas e passariam a ser meras faculdades. Passaria a ser meramente facultado ao cônjuge ser fiel ou respeitar a integridade física do consorte, sem que nenhuma sanção pelo descumprimento dessas normas de conduta pudesse vir a ser-lhe aplicada. O cônjuge traído teria de pagar pensão alimentícia plena ao infiel e o cônjuge que tivesse sofrido maus tratos físicos também teria de prestar alimentos plenos ao agressor. A aparência é que apenas no casamento, dentre todas as relações jurídicas, deixariam de ser aplicadas sanções civis ao descumprimento das normas de conduta, sendo isso inadmissível.

A Emenda 66/2010 eliminou os requisitos temporais do divórcio, de modo a facilitar a dissolução do casamento, que agora, para os que consideram essa emenda como norma de aplicação imediata, independe dos prazos que antes eram determinados pelo artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal.

O Código Civil, por ser anterior à referida Emenda Constitucional n. 66 de 2010, época em que as partes deveriam já ter feito, antes do divórcio, a prévia opção por umas das espécies dissolutórias, exigia que o autor da ação de separação escolhesse a modalidade da mesma, se por mera impossibilidade da vida em comum, grave descumprimento de dever conjugal e doença mental grave de um dos cônjuges, regulou expressamente essas espécies, que têm diferentes efeitos, na separação judicial.

Para os que consideram a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 norma de aplicação imediata, ou seja, produtora de efeitos antes de eventual e futura modificação da legislação infraconstitucional, as normas do Código Civil que estabelecem requisitos temporais ou prazos nas espécies dissolutórias do casamento não estão mais em vigor. No entanto, continuam vigentes as normas da legislação ordinária referentes às espécies dissolutórias da separação judicial e aos seus efeitos diversos, além da recriação realizada em relação ao divórcio na legislação infraconstitucional. Há, além da natureza meramente formal da norma constante do artigo 226, parágrafo 6º da

Constituição Federal e da regulamentação pelo Código Civil da espécie culposa e de seus efeitos na separação, outras razões para a manutenção deste instituto em nosso ordenamento jurídico, que advêm da própria Constituição Federal.

Primeiramente, porque as pessoas devem ter a liberdade de optar pela separação ou pelo divórcio, já que essas modalidades de rompimento do casamento dão ensejo a diferentes conseqüências – o divórcio extingue o vínculo conjugal e a separação não o faz. Isso significa que pessoas separadas podem restabelecer a sociedade conjugal a qualquer tempo, sem que para isso precisem casar novamente (Código Civil, artigo 1.577). O mesmo não ocorre com as pessoas divorciadas, que necessitariam de um novo casamento para voltar ao estado civil de casados. Portanto, se os cônjuges ainda não têm total definição sobre a dissolução definitiva do casamento, deve lhes ser assegurada a liberdade de optar pela separação judicial.

Note-se que a separação de corpos não substitui a separação judicial ou extrajudicial, porque naquela não há mudança de estado civil. A pessoa simplesmente separada de corpos mantém seu estado civil de casada. Muito embora se aceite que uma pessoa casada, mas apenas separada de corpos, constitua união estável (Código Civil, artigo 1.723, parágrafo 1º), temos de convir que essa situação deve ser excepcional, enquanto não transitada em julgado a sentença proferida na ação dissolutória, e não ser transformada em regra. Afinal, não pode ser almejado em nosso direito que a família brasileira tenha em regra configuração como a da pessoa casada com a outra pessoa, mas que vive em união estável com uma terceira pessoa. Além disso, a separação de corpos gera inúmeras indefinições em relação à existência ou não de deveres conjugais e à extinção ou não do regime de bens do casamento (Código Civil, artigos 1.575 e 1.576 e Lei 6.515/1977, artigo 8º), trazendo confusões pessoais e patrimoniais que não são recomendáveis à organização desse núcleo essencial da sociedade, que é a família.

Assim, a separação judicial é mantida na espécie *ruptura*, baseada na mera impossibilidade da vida em comum, mas, com a eliminação de todos os seus prazos, tanto daquele de um ano de separação de fato para a sua decretação por pedido unilateral (Código Civil, artigo 1.572, parágrafo 1º), como daquele outro de um ano de casamento que antes vigorava na via consensual (Código Civil, artigo 1.574), isso em face da nova ordem constitucional em que rege a facilitação das formas dissolutórias do casamento. Também está mantida a separação judicial remédio, em proteção patrimonial do cônjuge mentalmente enfermo (Código Civil, artigo 1.572, parágrafo 2º e 3º) e a separação judicial culposa baseada no grave descumprimento de dever conjugal (Código Civil, artigo 1.572, *caput*), em que se aplica a sanção ao consorte culpado da perda do direito à pensão plena e ao uso do sobrenome marital (Código Civil, artigos 1.704 e 1.578), e, quando ocorrer dano, da sua condenação na indenização cabível (Código Civil, artigo 186).

Observe-se que, diante da facilitação do divórcio presente na Emenda Constitucional n. 66 de 2010, em recriação da legislação infraconstitucional, ao divórcio podem ser consideradas aplicáveis as espécies dissolutórias da separação. Desse modo, além do divórcio pela mera impossibilidade da vida em comum, sem prazos e sem causa de pedir subjetiva, também são aplicáveis na ação que tem em vista a dissolução do vínculo conjugal as outras espécies dissolutórias que se baseiam na culpa, desde que haja grave descumprimento de dever conjugal, e na doença mental grave de um dos cônjuges, com seus respectivos efeitos.

Claro está que nem todas as ações de rompimento são culposas ou baseadas na doença mental grave do cônjuge. A maior parte delas continuará sendo requerida e decretada pela mera impossibilidade da vida em comum, agora sem prazos, tanto para a separação, como para o divórcio. No entanto, se um dos cônjuges padecer de grave enfermidade na mente, estão mantidas as respectivas medidas protetivas, inclusive as de cunho patrimonial ao doente (Código Civil, artigo 1.572, parágrafo 3º). E, se um dos cônjuges praticar grave descumprimento de dever conjugal, violando as normas de conduta do

casamento, a sua culpa pode ser apurada na ação dissolutória, com a aplicação das sanções respectivas da perda do direito à pensão alimentícia plena (Código Civil, artigo 1.704) e do direito de utilização do sobrenome conjugal (Código Civil, artigo 1.578), assim como da condenação na reparação de danos morais e materiais em caso de preenchimento dos respectivos pressupostos (Código Civil, artigo 186).

Deve-se ter presente também que, em caso de opção pela espécie remédio, baseada na doença mental, ou da espécie culposa, fundamentada no grave descumprimento de dever conjugal, a apuração da causa da dissolução conjugal deve ser realizada antes da decretação da separação e do divórcio, já que o casamento é um contrato, embora especial e de direito de família, cujos efeitos dissolutórios devem ser apurados e decretados pelo juiz antes da decretação de sua extinção.

Se assim não fosse, as medidas cautelares de cunho pessoal e patrimonial, preparatórias ou incidentais, como a de guarda e de regulamentação de visitas e a de arrolamento e bloqueio de bens, perderiam a eficácia diante da prematura decretação da separação judicial ou do divórcio (artigo 807, *caput*, Código de Processo Civil). Por outras palavras, todas as cautelas tomadas liminarmente ficariam sem efeito. Quanto à medida cautelar de guarda e de regulamentação de visitas, a segurança dada aos filhos menores, dentro do princípio da preservação de seus elevados interesses, deixaria de prevalecer. No caso da medida cautelar de arrolamento e bloqueio de bens, a segurança dada ao autor da ação, no sentido de garantir o patrimônio para futura partilha deixaria de existir.

Caso não coubesse a cumulação de pedidos de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal com os pedidos de decretação da culpa e suas consequências, ou de declaração da doença mental e seus efeitos, isto equivaleria a duplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento e outra para a declaração da perda do direito à pensão alimentícia, ou a triplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento, outra para a

declaração da perda do direito à pensão alimentícia e outra para vedar a utilização do sobrenome conjugal, ou, ainda a quadruplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento, outra para a declaração da perda do direito à pensão alimentícia, outra para vedar a utilização do sobrenome conjugal e outra para a condenação do cônjuge na indenização pela reparação dos danos morais e materiais. Essa multiplicação de ações certamente violaria o princípio da economia dos atos processuais e da celeridade, além de colocar em risco a segurança jurídica, em razão da possibilidade de decisões conflitantes.

1.4 Competência para o julgamento: Vara de Família ou Vara Cível

Na Vara de Família tramitam processos relacionados à constituição, manutenção e dissolução da família, situações relativas a afetos e as consequências que do afeto foram geradas, como questões sobre casamentos, filhos, os bens do casal, em alguns casos, o inventário, união estável, união homoafetiva, obrigação alimentar, entre outras. É uma vara especializada pois possuiu um foco diferenciado, para tratar questões que não têm característica essencialmente econômicas e envolve diversos sentimentos.

A competência para o julgamento é expressão jurídica utilizada de forma diferente da linguagem comum. No dicionário da língua portuguesa⁷⁹, competência é uma palavra associada à capacidade de resolver problemas, aptidão e habilidade, já no dicionário jurídico⁸⁰, competência é instituto que define o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão desta função encarregado. Se falar em competência para julgar algum processo faz referência a determinado órgão julgador, uma vara especializada ou uma câmara, tem o poder concedido pela lei de decidir determinada causa, um tipo específico de processo. Esta se dá por determinação da lei processual que vai

⁷⁹ NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. 2ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 35.

⁸⁰ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

indicar as grandes áreas de atuação como, por exemplo, a área cível ou criminal. Como há vários juízes numa mesma circunscrição, as Leis de Organização Judiciária de cada estado, trarão as regras de competência de cada uma das específicas varas. A questão da competência da Vara de Família ainda suscita dúvidas, o Código de Organização Judiciária do estado de Goiás (Lei n. 9.129, de dezembro de 1981)⁸¹ ao fixar a competência das Varas de Famílias deixou especificado a competência da vara de família enunciando apenas que seriam as ações que versassem sobre o direito de família, ações de estado e as ações cíveis sobre o direito de família.

A lei n. 9.129 de 1981 é utilizada a título de exemplo, vez que cada estado da federação possuiu um código autônomo, assim é possível dizer que compete aos juízes especializados em Varas de Família, processar e julgar as causas relativas ao casamento, divórcio e estado civil, bem como regime de bens e patrimônio dos cônjuges e as causas que tenham relação aos direitos e deveres entre os cônjuges. Da mesma forma nas ações de união estável entre pessoas de sexos diferentes ou iguais. Os direitos e deveres entre pais e filhos, incluídas as ações de investigação de paternidade e o suprimimento de consentimento de um dos genitores com relação aos filhos menores de idade, deverão ser objeto de processo em Vara de Família. As ações de alimentos fundadas em relação de direito de família, inclusive quando o requerente for idoso, e as de posse e guarda de filhos menores, quer entre pais, quer entre estes e terceiros, assim como as de suspensão e extinção do poder familiar.

As ações de execução de pensão alimentícia tramitam em Vara de Família e devem ser propostas na mesma Vara onde foi fixada a pensão. Caso haja necessidade de depositar em Juízo o valor do débito por alguma razão, a ação de consignação deverá ser proposta na mesma Vara de Família onde tramita a execução. No tocante a adoção, somente a causa relativa a pessoa

⁸¹ Artigo 30 - Compete ao Juiz de Direito: IV - Na Vara de Família e Sucessões: a) processar e julgar: 1 - todas as causas cíveis que versarem sobre direito de família e das sucessões e as ações de estado; b) exercer à jurisdição voluntária nos procedimentos que versarem sobre direito de família e das sucessões e estado das pessoas;

maior de dezoito anos tramitará em Vara de Família. A adoção dos menores de dezoito anos tramitará na Vara de Infância e Juventude⁸².

A dúvida ventilada nesse item do trabalho é em relação ao pedido de reparação civil quando as partes envolvidas são ligadas pelos laços de família, assim, qual seria a vara que um processo de indenização fosse promovido por um filho em face de seu pai, ou, da esposa em face de seu marido, quando, por conta de uma conduta ou omissão, os autores dessas demandas viessem a sentir de alguma maneira prejudicados.

Ressalta-se que a cumulação com pedido de caráter patrimonial não altera a competência estabelecida para as Varas de Família, não cabe analisar uma questão dessa natureza em Vara Cível se há conjuntamente pedidos e um deles é eminentemente patrimonial, como a cumulação com pedido de indenização por dano moral. As ações com pedido de indenização por dano moral sofrido em decorrência de situação própria do direito de família devem ser propostas em Vara de Família, exatamente pelo disposto no parágrafo anterior.

O Código de Organização Judiciária utilizado como exemplo, ou seja, o do estado de Goiás, é claro ao ressaltar que o caráter patrimonial não modifica a competência quando em seu artigo 30, inciso IV, afirma que as ações cíveis relativas aos direitos das famílias são julgadas nas varas de família. Logo, se a mulher deseja ser indenizada por ter sofrido humilhação no casamento o pedido deverá ser julgado pelo Juiz especializado em direito de família.

Também, poderão ser aplicadas as medidas protetivas de urgência à ofendida com obrigações ao agressor que estão previstas na Lei Maria da Penha, embora próprias de Varas de Família, tais como separação de corpos, obrigação de prestar alimentos, suspensão de visita de filhos, entre outras.

Ocorre Conflito de Competência quando dois ou mais Juízes entendem que devem julgar determinada causa, ou, ao contrário, discutem que

⁸² Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990), artigo 39: A adoção de criança e adolescente rege-se de acordo com o disposto nesta Lei.

não lhes cabe o julgamento. Autoridade judicial superior decidirá quem é o Juízo competente.

Crescem os julgados⁸³ afirmando que compete às Varas de Família processar as ações indenizatórias por violação de dever conjugal e nos termos do inciso II, do § 1º, do artigo 292 do Código de Processo Civil, resta lúcido a competência do juízo da separação para processar e julgar o pedido reparatório, quando o processo precise tramitar em comarca que tenha varas especializadas, isto é, com competência específica para o julgamento de certas e determinadas matérias, no caso, as varas de família.

⁸³ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PSÍQUICOS. TRAMITAÇÃO DO FEITO PERANTE VARA CÍVEL EM COMARCA QUE POSSUI VARA DE FAMÍLIA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ INCOMPETENTE PARA A MATÉRIA. O COJE/RS - Lei nº 7.356/80, artigo 84, inciso IV, com as atribuições determinadas pelo artigo 73, incisos III e IV, dispõe acerca da competência Absoluta das Varas de Família para o exame de questões afetas à matéria de família, sucessões, união estável, ECA e registro civil. Pedido de indenização por dano moral e psíquico, em face de adultério da ex-companheira, não trata de matéria inclusa na rubrica 'Responsabilidade civil', mas pertinente à união estável, sendo afeta ao direito de família, da competência absoluta da Vara de Família. Nulidade da sentença proferida por juiz incompetente em razão da matéria. Sentença desconstituída. APELAÇÃO PREJUDICADA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (TJRS; AC 70025138108; Sapucaia do Sul; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho; Julg. 15/04/2009; DOERS 28/04/2009; Pág. 42).

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DECLINA DA COMPETÊNCIA PARA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA PARA O JULGAMENTO DO FEITO. A ação de indenização por dano moral fundamentada em relação de família deve ser julgada pelo Juízo da Vara de Família. Entendimento jurisprudencial dominante. Agravo de Instrumento não-provido. Unânime. (TJRS; AI 70021680194; Porto Alegre; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana; Julg. 08/11/2007; DOERS 05/12/2007; Pág. 59)

Ementa: DOCUMENTOS. JUNTADA POSTERIOR. VISTA À PARTE CONTRÁRIA. POSSIBILIDADE. CASAMENTO. NOIVA GRÁVIDA. ERRO SOBRE A PESSOA. CONHECIMENTO PRÉVIO DO NUBENTE. ANULAÇÃO INCABÍVEL. VARA DE FAMÍLIA. DANO MORAL CUMULADO COM SEPARAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. ATO ILÍCITO. PROVA. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. A juntada de documentos após a contestação da reconvenção, como contraprova de documentos trazidos, não implica em ilegalidade de procedimento, notadamente quando foi aberto vista à parte contrária para manifestação. Comprovado que o cônjuge varão era conhecedor antes do casamento de que o filho que a cônjuge virago trazia em seu ventre não era seu deve ser afastada a alegação de erro quanto à pessoa e julgado improcedente o pedido de anulação de casamento. É competente a vara de família para conhecer de pedido de indenização por dano moral cumulado com pedido de separação judicial. Inexiste dano moral decorrente da separação de casal, quando não demonstrado ato ilícito do cônjuge varão no sentido de ofender, perante terceiros, a honra e o bom nome do cônjuge virago. (TJRO; AC 100.001.2005.008011-2; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia; Julg. 21/03/2007)

Como foi demonstrado acima, em relação ao Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás, tais normas sobre competência são estaduais e como não é objetivo do trabalho verificar uma por uma da competência de todos os estados da federação, cumpre apenas ressaltar que, apesar das variações redacionais, via de regra, referem-se às questões de direito de família e de estado das pessoas como de competência das Varas de Família. Como exemplo nota-se o do artigo 37 do Código Judiciário do estado de São Paulo (Decreto-lei complementar nº 3, de 27/08/1969): *Aos Juízes das Varas de Família e Sucessões compete: I – processar e julgar: a) as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes.*

As normas de organização judiciária que valem no estado de São Paulo estabelecem a competência das Varas de Família para ações relativas a estado e seus acessórios, o que acarreta ao cabimento de pedidos cumulativos, já que a reparação de danos é decorrente do descumprimento de dever conjugal, dever esse existente em razão do estado de casados entre os cônjuges, evidenciando-se aquele caráter acessório do pedido reparatório.

A dúvida sobre a competência, se as causas com pedidos reparatórios correriam na vara de família ou vara cível, também pode ser solucionada verificando-se que a matéria da reparação de danos em rompimento do casamento não tem natureza puramente civil ou comercial, sendo feitos desta natureza que são de competência das varas cíveis⁸⁴.

Cita-se o acórdão proferido no recurso de agravo de instrumento nº 136.366-4/1⁸⁵, da Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do

⁸⁴ Código Judiciário do Estado de São Paulo, artigo 34, inciso I.

⁸⁵ Ementa: COMPETÊNCIA – SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA – PEDIDO DE DANOS MOAIS, CUMULADO COM ALIMENTOS, VEICULADO POR MEIO DE RECONVENÇÃO – CAUSA DE PEDIR DECORRENTES DE RELAÇÕES FAMILIARES – COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE SUCESSÕES. Relatado pelo Desembargador MOHAMED AMARO

Estado de São Paulo, relatado pelo Desembargador Mohamed Amaro, segundo o qual a Vara de Família e Sucessões é competente para apreciar pedido de reparação civil, já que sua causa de pedir (*causa petendi*) não advém de relações meramente civis, mas, sim, de relações de família, as quais têm as suas especificidades, dentre as quais está o segredo de justiça. Na conformidade deste julgado, o caráter indenizatório dos alimentos solicitados naquela ação também leva à conclusão da possibilidade de cumulação com o pedido de reparação de danos, inexistindo razão lógica ou jurídica no desmembramento desses pedidos em Varas diferentes. O agravo de Instrumento nº 278.218-4/3⁸⁶, relatado pelo Desembargador Alberto Tedesco, da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo também considerou competente a Vara de Família para julgar o pedido de reparação de danos. O Desembargador Cezar Peluso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, proferiu no agravo de instrumento nº 146.186-4⁸⁷, pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo, que é o Juízo de Família o competente para julgar os pedidos de separação judicial culposa e de indenização por dano moral oriundo de adultério, admitindo a cumulação, em razão do preenchimento dos requisitos do artigo 292 do Código de Processo Civil.

No estado do Rio de Janeiro, o Código de Organização Judiciária em seu artigo 85, inciso I, alínea “a”, c/c artigo 96, relata sobre o tema e em vários julgados vêm admitindo a cumulação de pedidos, como aquele proferido pela Quarta Câmara Cível, relatado pelo Desembargador Fernando Cabral, no agravo de instrumento nº 2003.002.07724⁸⁸, pelo qual se o *fundamento do*

⁸⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 278218-4/3. Relator: Alberto Tedesco da 9ª Câmara de Direito Privado. Ementa: Cumulação de pedidos- Separação judicial e indenização por danos morais - artigo 292, do CPC - Possibilidade - Agravo provido, tendo sido salientado que É perfeitamente admissível no nosso ordenamento jurídico a indenização por dano moral quando a ofensa derivar das relações de casamento ou de família [...] Os pedidos são compatíveis[...].

⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n.146186-4 da 2ª Câmara de Direito Privado. Relator: Cezar Peluso.

⁸⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento n.2003.002.07724 da 4ª Câmara Cível. Relator: Fernando Cabral.

pedido de indenização diz Respeito à violação, por parte do cônjuge, dos deveres que deveria observar em razão do casamento, a competência para conhecer da matéria e julgá-la é do Juízo de família. Em outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferido no agravo de instrumento nº 2002.002.15637, pela Sétima Câmara Cível. O Relator Desembargador Paulo Gustavo Horta, confirmou que *é cabível em reconvenção pedido cumulativo de dano moral juntamente com o de separação judicial culposa, sendo o Juízo de Família competente para o processamento e julgamento de tal pedido, estando o fundamento da alegação na violação das obrigações do cônjuge.*

No estado de Minas Gerais, a Lei Complementar nº 38 de 13/02/1995, em seu artigo 66, estatui que *competirá a Juiz de Família processar e julgar as causas relativas ao estado das pessoas e ao Direito de Família, respeitada a competência do Juiz da Infância e da Juventude.*

A Lei Complementar nº 165 de 28/04/1999, do estado do Rio Grande do Norte, no artigo 32, inciso VI, alínea, nº 4, estabelece a competência de Vara de Família para *processar e julgar...feitos referentes ao Direito de Família (...).* A questão da reparação de danos no rompimento do casamento é, indiscutivelmente, feito de direito de família. Assim, também neste estado, os pedidos de separação judicial culposa e de reparação de danos podem ser cumulados.

No estado do Mato Grosso, a Resolução 001/99 determina a competência das Varas especializadas de Família para processar e julgar os *feitos referentes à família e às sucessões.* Já que o feito da reparação de danos é referente à família, essas Varas têm competência para julgá-lo juntamente com o feito da separação judicial culposa. Os pedidos de separação judicial culposa e de reparação de danos são, portanto, cumuláveis.

Diante das demonstrações, pelos Tribunais, em seus julgados, é possível afirmar que é cabível pedido reparatório em rompimento de relação conjugal diante de descumprimento de dever oriundo do casamento, dever

esse que resulta do estado matrimonial entre a vítima e o causador do dano, sendo essa questão de Direito de Família, nota-se indiscutível a competência das Varas de Família para solucionarem os pedidos de reparação de danos em ruptura do casamento, restando possibilitada a cumulação desse pedido com o de separação judicial culposa em todos os estados acima referidos.

A não aceitação da competência dos Juízos de Família para julgar pedido de reparação de danos em rompimento de casamento acarreta a tramitação da ação reparatória e da ação de separação judicial culposa perante Juízos ou Varas diferentes, com o risco de decisões conflitantes, já que a causa de pedir nos dois feitos é a mesma, descumprimento de dever conjugal, além de contrariar os princípios da celeridade e economia processual, com a repetição dos mesmos atos processuais em dois feitos.

Apesar da possibilidade de cumulação de pedidos, e que tal cumulação seja a recomendável, a vítima/cônjuge que teve contra si um dos deveres do casamento descumprido não está impedido de promover a ação de separação anterior e em autos apartados, no futuro, promover a ação de indenização, desde que distribuída, por prevenção, ao juízo em que tramita a ação de separação judicial culposa. Anote-se, ainda, que, após a sentença de separação judicial culposa ter transitado em julgado, desde que tenha reconhecido o descumprimento de dever oriundo do casamento por um dos cônjuges, também poderá, então, ser promovida a ação de reparação de danos.

1.5 Conexão entre os pedidos de separação/divórcio e reparação civil decorrente de violação dos deveres conjugais

Caso haja o entendimento pela aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil ao Direito de Família, uma nova dúvida poderá surgir, relativa a formalização do processo que tenha como pedido a indenização por danos oriundos da relação afetiva. A dúvida é sobre a conexão ou não entre

esses pedidos, sobre a possibilidade de fazê-lo nos mesmos autos que correm a separação ou o divórcio.

Mário Moacyr Porto admite a Responsabilidade Civil entre cônjuges, sendo pertinente que seja cumulado no processo de separação judicial o pedido de indenização de dano resultante de injúria, por exemplo, a qual pode refletir na reputação social ou profissional do parceiro⁸⁹.

Eventual ação para busca de indenização por danos morais, e até por danos materiais, dependendo dos fatos, pode ser promovida autonomamente, tanto antes como depois da ação de separação, desde que, quando já processada a separação ou divórcio, não tenha havido renúncia da parte a tal direito. Cabe inclusive nos casos das ações de separação ou divórcio já processadas e com coisa julgada⁹⁰.

Processualmente falando é possível, tratando-se de novo pedido, desde que não haja prescrição do direito material e o mesmo se aplica para outras ações do Direito de Família, como investigatórias e ou negatórias de paternidade e até em ações de alimentos, guarda e visitas, todas podendo ter como conexas as ações com pedidos indenizatórios⁹¹.

O Superior Tribunal de Justiça julgando Recurso Especial⁹² que reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendeu pela

⁸⁹ PORTO, Mário Moacyr. *Responsabilidade Civil entre Marido e Mulher*. Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, v. 28, ano X, p. 173-187, jul. 1983.

⁹⁰ PIZETTA, José. *Danos morais na infidelidade conjugal e no Direito de Família em geral, a garantia constitucional, a doutrinalização e a jurisprudencialização do direito e família*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 52, 30/04/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2535. Acesso em 01 de abril de 2012.

⁹¹ PIZETTA, José. *Danos morais na infidelidade conjugal e no Direito de Família em geral, a garantia constitucional, a doutrinalização e a jurisprudencialização do direito e família*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 52, 30/04/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2535. Acesso em 01 de abril de 2012.

⁹² Recurso Especial 742.137/RJ, Terceira Turma, julgado em 21 de agosto de 2007, DJ 29 de outubro de 2007, p. 218 RNDJ vol. 96, p. 56. Ementa: Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório. Exige-se, para a configuração da Responsabilidade Civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico

condenação do cônjuge adúltero, no caso, a mulher, que após a infidelidade que fez gerar uma criança, omitindo do então esposo a infidelidade e por consequência a real paternidade da criança, o fazendo acreditar que o traído era o verdadeiro pai biológico da criança. Nesse processo, houve acúmulo do pedido de negatória de paternidade somados ao pedido de indenização pela infidelidade e omissão da paternidade.

Há possibilidade de cumulação, numa mesma demanda judicial, dos pedidos de separação judicial culposa e de reparação de danos. Na sistemática das causas de separação judicial, a aplicação dos princípios da Responsabilidade civil no rompimento do casamento somente pode ser realizada se houver a decretação da culpa do cônjuge, fundamentada no artigo 1.572, caput, do Código Civil, pois é tão-somente nesta espécie de separação que cabe a apuração do descumprimento de dever conjugal, ou seja da violação a direito do cônjuge lesado.

Na união estável, a disciplina ganha um perfil diferenciado, pois não há pré-estabelecidas pela lei a forma de dissolução deste tipo de relação familiar. Como a união estável é uma relação de fato, seu fim também só é perceptível fatidicamente, a não ser que os conviventes desejem ajuizar ação de reconhecimento e dissolução de união estável, essa relação rompe-se no plano dos fatos, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para este fim, do que se depreende que não há regimentos para seu início e nem formas para sua dissolução. A ação de reconhecimento e dissolução de união

que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no artigo 231 do CC/16 (correspondência: artigo 1.566 do CÓDIGO CIVIL). Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. - O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados. A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. Para a materialização da solidariedade prevista no artigo 1.518 do CC/16 (correspondência: artigo 942 do CÓDIGO CIVIL), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos.

estável geralmente se dá em casos de necessidade de regulamentação da guarda de filhos e visitas, de necessidade de pensão alimentícia, de desacordo sobre a partilha de bens e de pedido indenizatório com aplicação dos princípios da Responsabilidade civil.

É em relações matrimoniais que a dúvida sobre a cumulação dos pedidos surge, vez que essas relações necessariamente para se romperem necessitam de ajuizamento de ação, no entanto, também é possível notar algumas dúvidas sobre o tema de quando das uniões estáveis. Inclusive, o tema é ponto crucial de alguns julgados, onde as decisões parecem não unânimes. O Código de Processo Civil, em seu artigo 292⁹³, trata da cumulação de pedidos e elucida as dúvidas, pois os pedidos de separação judicial culposa e de reparação de danos são compatíveis entre si, já que ambos têm como fundamento a grave violação de dever conjugal, de modo a preencher o requisito estabelecido no inciso I, do § 1º, do artigo. Há verdadeira conexão, já que a causa de pedir da separação judicial culposa e da reparação de danos é o inadimplemento de dever oriundo do casamento.

Outro ponto fundamental a ser observado é o inciso III do artigo 292 do CPC que exige adequação de procedimentos para a cumulação dos pedidos e nos casos de pedido de separação e reparação civil verifica-se que procedimento para ambos os pedidos é o ordinário, de modo que preenchido também está o requisito disposto no inciso III, do § 1º, do dispositivo legal acima mencionado.

⁹³ Artigo 292 do CPC: É permitida a cumulação num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação: – que os pedidos sejam compatíveis entre si; II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

CAPÍTULO 2 O DEVER DE FIDELIDADE

2.1 Conceito de fidelidade

A fidelidade, que é um dos deveres do matrimônio consignado no artigo 1.566, I, do Código Civil, tem conceito pessoal, subjetivo, sendo que cada casal tem para si um conceito de fidelidade e de expectativa de determinadas condutas do seu cônjuge que poderiam ou não se enquadrar em atitudes infiéis e, portanto, descumprir um dos deveres descritos na lei.

No dicionário da língua portuguesa⁹⁴, traição é perfídia, deslealdade, infidelidade no amor. Trair é enganar, atraíçoar, denunciar, delatar, ser infiel. A traição gera dor, angústia, sofrimento, desgosto, revolta, constrangimento. Traição é ofensa grave.

A fidelidade é dever recíproco do casamento, consubstanciado no Código Civil, e apesar de sua literal citação pela legislação, alguns teóricos, como Maria Berenice Dias⁹⁵, Fábio Ulhoa Coelho⁹⁶ e Paulo Luiz Netto Lôbo⁹⁷ entendem que o dever de fidelidade dos deveres é o menos importante, tendo perdido força jurídica, ou pela aceitação social da infidelidade ou por estar devidamente interligado ao dever de respeito e consideração.

A questão se a traição, o adultério ou a infidelidade são condutas passíveis de gerar condenação do traidor, do adúltero, do infiel em danos morais, sabendo que o dano moral é um sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, tem fundamental importância no momento da aplicação dos preceitos da Responsabilidade Civil aos casos assim

⁹⁴ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 101.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 239.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53.

⁹⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade Conjugal – direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 221-236.

observados. *O dano moral pressupõe dor física ou moral, e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, sem com isso causar prejuízo patrimonial*⁹⁸.

Os direitos da personalidade compreendem os direitos à integridade física e os direitos à integridade moral. Estes abrangem o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome, o direito moral do autor, entre tantos outros. E são esses direitos que poderiam ser violados no caso de prejuízo moral sofrido por falta de observância a um dos deveres matrimoniais, por exemplo, no caso de descumprimento do dever de fidelidade.

Se a simples ruptura de um noivado, sem motivo, quando já notória a data do casamento, é circunstância que atinge a honra e o decoro, ensejando indenização por dano moral e material, com muito mais argumentos a traição, em qualquer relacionamento humano, pode ser o móvel de uma reparação de dano moral⁹⁹.

Traição e adultério tem significados diferenciados. O adultério é caracterizado pela infração ao dever de fidelidade recíproca no casamento e constituía não só crime previsto no artigo 240 do Código Penal Brasileiro, como também dá motivo à separação judicial, na órbita civil, e ainda, em alguns casos, à indenização por dano moral.

O adultério consuma-se com a prática do inequívoco ato sexual. É indispensável à configuração do delito a existência e vigência do casamento de um dos agentes. Já na união estável, similarmente, poder-se-ia dizer que quando um dos consortes mantém relação sexual com terceiro, descumpra os deveres de lealdade e Respeito, presentes no artigo 1724 do Código Civil.

⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - 8ª Câmara, Apelação, julgamento 15 de abril de 1992. Relator: Franklin Nogueira. RT 683/79

⁹⁹ SILVA, Sônia Maria Teixeira da. *O que é traição?* Disponível em <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/soniamariateixeiradasilva/traicaooodanomoral.htm>>. Acesso em 01 de abril de 2012.

O artigo 2º da Lei da União Estável (Lei n. 9278 de 1996) estabeleceu direitos e deveres iguais para os conviventes, ou seja, para aqueles que vivem em união estável, não casados. Tais como o Respeito e consideração mútuos, a assistência moral e material recíproca, a guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Pode-se entender que o dever de fidelidade recíproca para os cônjuges se assemelha ao Respeito e consideração mútuos para os conviventes. No entanto, não há adultério na união estável.

Diferentemente, a traição possui conceito mais amplo, não se restringindo ao casamento, como o adultério, à união estável, ao ato sexual consumado, e, sim, se espraiando a todo relacionamento humano, como nas amizades, nos negócios, na política, nas guerras e nas disputas.

No caso da companheira que deseja ver reparado o dano moral que sofreu ao ser traída pelo companheiro e sua melhor amiga, por exemplo, o juiz deve analisar as consequências que o evento danoso ocasionou na vítima, a frustração causada, a natureza e a intensidade da humilhação, da tristeza e do constrangimento a que foi exposta a ofendida, o grau de reprovação da conduta do ex-companheiro, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais da ofendida, enfim, o amargor da ofensa.

A violação dos deveres e obrigações oriundas do casamento ou da união estável pode acarretar prejuízo moral ao cônjuge ou ao convivente. A traição resultará em dano moral se levar o traído a situações embaraçosas, vexatórias, humilhantes e públicas. O direito à indenização surge do dano, material ou moral, causado pelo comportamento culposos de uma pessoa sobre outra. A indenização por danos morais deve representar uma punição para o infrator, objetivando desestimulá-lo a reincidir na prática do ilícito.

Mede-se a indenização pela extensão do dano moral, pelo abatimento psicológico sofrido, observando também o enriquecimento ilícito, mas observando as condições sociais e econômicas das partes envolvidas. A

indenização deve propiciar ao ofendido uma compensação pelo desgosto, pelo sofrimento, pelo vexame, ao mesmo tempo representa uma sanção ao culpado. Presentes os pressupostos para a sua concessão, qualquer pessoa, homem ou mulher, pode pleitear em juízo a indenização por danos morais decorrentes de traição.

2.2 A fidelidade como um dos deveres do matrimônio

O casamento faz gerar entre os cônjuges direitos e deveres recíprocos, dentre eles destacando-se o dever de fidelidade, disposto no artigo 1.566 do Código Civil. Outros deveres também são elencados, como o dever de respeito, lealdade, coabitação, mútua assistência. O dever de fidelidade, apesar da dificuldade de alcance do conceito de fidelidade propriamente dito, é um dos deveres dos mais debatidos por incorrer na intromissão de uma terceira pessoa, seja física ou virtualmente, no espaço matrimonial que, tanto costumeiramente como juridicamente, é composto por apenas duas pessoas.

Com o descumprimento dos deveres do casamento ou da união estável, há motivo para que o inocente busque sua dissolução. Quando o descumprimento é do dever de fidelidade, simultaneamente, ocorre o descumprimento de outros deveres como o de Respeito e consideração e o de lealdade, o que tornam por afetar a dignidade da pessoa que depositava na relação todas as suas expectativas de vida, causando-lhe danos imensuráveis.

Como é o objetivo do ser humano de bem a busca pela evolução, em especial a evolução espiritual e sentimental, não se pode mais tolerar que, dentro de um relacionamento de cumplicidade como o casamento e a união estável, ocorra a traição aos sentimentos daquele que ali havia entregado sua intimidade.

Verdade é que o descumprimento dos deveres conjugais permite ou permitia – dependendo do entendimento pelo fim ou não da separação culposa

após o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010 - ao cônjuge inocente a propositura da ação de separação judicial, momento em que a culpa era imputada ao culpado. É importante ressaltar que mesmo assim, os deveres do cônjuge não permitem que seu adimplemento seja exigido judicialmente, sabe-se que não é possível protocolizar uma ação visando o cumprimento de um dos deveres do casamento, o que, para Bianca Ferreira Papin, os tornam inócuos em relação à justificativa de sua própria existência e de sua manutenção no ordenamento jurídico.¹⁰⁰

Dentre os muitos e mútuos direitos e deveres postos no artigo 1.566 do Código Civil, verifica-se que o primeiro deles é o de fidelidade recíproca, que *representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão somente um dever moral, mas é exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade*¹⁰¹.

A fidelidade é indicada na lei como um requisito obrigacional, devendo os cônjuges mantê-la, e tratando-a como uma obrigação, falta-lhe uma das características das obrigações civis, que é a possibilidade de exigência judicial em caso de inadimplemento, desatendendo um do par o dever de fidelidade na constância do casamento não se poderia o credor demandar que busque o cumprimento de tal dever. Maria Berenice Dias indaga se tratar-se-ia de execução de obrigação de não-fazer, ou, e, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado¹⁰². Continua, afirmando que se eventualmente não cumprem um ou ambos os cônjuges dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial.

Maria Berenice Dias¹⁰³ afirma que a fidelidade, enquanto dever de um e direito do outro, vigorando durante o casamento, só serve de fundamento para justificar a busca do seu término, para o caso de seu inadimplemento. A

¹⁰⁰ PAPIN, Bianca Ferreira. *PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa*. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 59, abr./maio de 2010.

¹⁰¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 356.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 30 de maio de 2012.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 30 de maio de 2012.

imputação da culpa pelo descumprimento do dever de mútua fidelidade não permite buscar seu adimplemento durante a constância do vínculo matrimonial, concedendo apenas direito à separação. Para a autora, vincular a separação ao rígido pressuposto da identificação de um responsável justificava-se no sistema originário do Código Civil revogado, que consagrava a insolubilidade do vínculo matrimonial, que sequer o desquite desfazia, e que, na atual conjuntura legislativa seria desnecessário.

Após a consagração do divórcio, e principalmente após o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, pode-se reconhecer a dispensabilidade da imputação de culpa pelo rompimento do vínculo afetivo. Há posicionamentos diferenciados sobre o tema culpa e sua aplicação desde então, mas é possível verificar que a doutrina e a jurisprudência, colacionadas durante o desenvolvimento deste trabalho, na tentativa de atender a realidade social, tem desprezado a perquirição da culpa para cancelar o pedido de separação, em alguns casos, quando *basta um dos cônjuges ter por insuportável a vida em comum para dar ensejo ao rompimento do casamento, sendo despicienda a comprovação da culpa de qualquer deles pelo fim do vínculo afetivo*¹⁰⁴.

Como assevera Luiz Edson Fachin, *não tem mais sentido averiguar a culpa como motivação de ordem íntima, psíquica. Objetivamente é possível inferir certas condutas, não raro atribuídas, de modo preconceituoso, mais à mulher que ao homem. A conduta, porém, pode ser apenas sintoma do fim*¹⁰⁵.

Para o fim de qualquer união, seja casamento, seja união estável, tem-se que a vontade das partes é o mais significativo dos argumentos, basta a simples manifestação de vontade de um, sem a necessidade de imputar ao outro a Responsabilidade pelo fim. Em algumas ocasiões o cônjuge que se considera inocente pelo fim do relacionamento deseja demonstrar a culpa do outro par para fins de indenização ou para fins alimentares. Com objetivo alimentar basta comprovar a necessidade de um de perceber e a possibilidade

¹⁰⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 70000507434. 7ª Câmara Cível, Relatora Maria Berenice Dias, julgamento em 22/03/2000.

¹⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 179.

do outro de alcançar-lhe alimentos, *como forma de preservação da dignidade da pessoa humana, mesmo que esta pessoa não tenha sido digna na sua relação interpessoal*¹⁰⁶, o que rege tal possibilidade foi o vínculo familiar estabelecido e a necessidade de alimentos demonstrada.

Maria Berenice Dias¹⁰⁷ conclui que se a fidelidade não é um direito exequível e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, nada justifica a permanência da previsão legislativa, como um dever legal, até porque ninguém é fiel porque assim determina a lei, ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem legal. Não é a imposição legal de normas de conduta que consolida ou estrutura o vínculo conjugal, mas simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal.

2.3 Infidelidade como ato ilícito

A monogamia é um princípio básico e organizador das relações jurídicas amorosas e conjugais do mundo ocidental. Embora não contemplado expressamente pela Constituição Federal é valor jurídico visualizado em nosso ordenamento na legislação ordinária, podendo ser verificado nos arts. 550, 1.521, VI, 1.548, II, 1.572, 1.573, I, 1.723, §1º e 1.727 do Código Civil, além do artigo 235 do Código Penal¹⁰⁸.

Necessário é verificar a natureza do dano, observando, analisando e defendendo se o descumprimento do dever de fidelidade é um ato ilícito ou uma simples infração aos deveres matrimônias. Maria Berenice Dias, levantando posição oposta a sua, demonstra que muitos sustentam que a infidelidade acarreta imposição de sanções. Afirma que apesar dos

¹⁰⁶ AURVALLE, Luiz Alberto D'Azevedo. *Alimentos e culpa na união estável*. In COAD. Edição especial, out./nov., 1996, p. 53.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 30 de maio de 2012.

¹⁰⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106 e 107.

entendimentos acima mencionados, a jurisprudência tem caminhado em sentido oposto, não considerando culpada a pessoa que deixa de amar o outro, somados a esse posicionamento, também não penalizando o cúmplice da traição¹⁰⁹.

Com o advento da lei do Divórcio (lei n. 6.515 de 1977), a separação-remédio foi implementada quando o casal já se encontrava separado de fato um por certo lapso temporal ininterrupto. Com tal novidade, poder-se-ia entender que o instituto da culpa foi pelo legislador afastado.

2.4O adultério

A monogamia e o repúdio ao comportamento adúltero surgiram com o desenvolvimento da propriedade privada e com o predomínio do homem na sociedade, sendo que é por este motivo, que o adultério praticado por homens foi muito mais aceito¹¹⁰.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 118.

¹¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível 70005834916 – Porto Alegre – 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, negaram provimento por v.u., j.2.4.2003. Ementa: AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PRÁTICA DE ADULTÉRIO. RECONHECIMENTO DA CULPA AFASTADA. IRRELEVÂNCIA PARA O DESLINDE DA DEMANDA. ALIMENTOS PARA EX-MULHER. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. PESSOA JOVEM, SAUDÁVEL E COM FORMAÇÃO SUPERIOR. PAGAMENTO ATÉ A PARTILHA DOS BENS. DANO MORAL. PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL DE CADA CÔNJUGE. EXCLUSÃO DA COMUNHÃO. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial, uma vez que a eventual infração cometida por um dos cônjuges decorre da natural deteriorização da relação conjugal. Os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio necessidade/possibilidade, isto é, de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Admite-se estabelecer o pagamento de pensão alimentícia à ex-mulher até a partilha de bens, que irá receber, por direito de meação, considerável patrimônio. A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos, não gerando dano moral indenizável à parte ofendida. Os honorários advocatícios percebidos pelo varão, fruto do seu trabalho pessoal, não compõem o acervo partilhável. Se tais rendimentos estão excluídos da comunhão no curso do casamento, com mais razão ainda após o término da sociedade conjugal. Inteligência do artigo 1.659, inc. VI, do Código Civil. Nas ações que também envolve partilha de bens, encerram conteúdo econômico, devendo a fixação dos honorários se dar com

A fidelidade feminina foi mais requisitada do que a masculina, pois a função da mulher de procriar filhos, exigia que a paternidade fosse indiscutível, porque os descendentes, na qualidade de herdeiros diretos, entrariam, um dia, na posse dos bens dos pais. Isso, à época antiga. Levando-se em consideração que até muito pouco tempo atrás, antes das possibilidades trazidas pelo exame de DNA, confiava-se na fidelidade feminina para a averiguação da paternidade das crianças.¹¹¹ Hoje, com mais facilidade, pois a medicina muito evoluiu que independente da presunção de paternidade advindo com o casamento, o exame pode esclarecer qualquer dúvida sobre o assunto.

Muito se discutiu e discute sobre o fim da penalização do adultério e seus reflexos na esfera cível. No acórdão da apelação cível de Porto Alegre n. 70005834916, em um dos votos é arrematada a ideia de que o adultério está desgastado pelo tempo e assim, perdeu seu peso na esfera criminal e conservou a importância da ilicitude civil, dos direitos e obrigações do matrimônio esperado¹¹².

A fidelidade decorre do dever de Respeito entre os familiares e, em especial, entre os cônjuges ou conviventes, pois nada mais desrespeitoso dentro de uma relação afetiva do que enganar aquele que deposita no outro confiança e compartilha seus valores mais caros.

Traição significa quebra de confiança, ser infiel. A traição não se restringe às relações amorosas, ao contrário, estendem-se a todos os relacionamentos humanos. Porém, quando atinge a relação de duas pessoas que se uniram com o objetivo de serem felizes, de duas pessoas que depositam em seu par os objetivos e projetos da vida, que comungam suas almas, seus sentimentos mais íntimos, torna-se por demais gravosa e acaba

base no valor dos bens que compõem o acervo comum. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021640743, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 13/03/2008). Publicação: Diário da Justiça do dia 19/03/2008.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Idem.

por causar frustração, humilhação, constrangimento, tristeza, baixa autoestima, etc., sentimentos advindos em razão da ofensa à honra e à dignidade.

A traição, concebida quando um dos cônjuges ou conviventes busca, costumeiramente, eventualmente ou mesmo uma única vez, a satisfação do instinto sexual com outra pessoa além daquela com a qual assumiu o compromisso, fere os direitos concernentes aos valores próprios do ser humano, que se projetam nos seus sentimentos. Vive-se numa sociedade monogâmica, onde a legislação positivada se encarrega de estatuir os deveres de lealdade, fidelidade, respeito e considerações mútuas para aqueles que se relacionam, é necessário que se preservem essas relações, até mesmo para preservar a dignidade daquele que acaba por nela projetar toda sua vida.

Diante da importância das relações afetivas para os cônjuges e conviventes, há a obrigação desses de observarem uma conduta de satisfação recíproca entre duas pessoas que se amam. No momento em que a conduta de um cônjuge ou convivente se desvirtua da linha do respeito e da consideração pelo outro, acaba, por consequência, desencadeando a quebra do padrão moral que é esperado das relações afetivas. Mais do que isso, viola deveres legais impostos com a maior propriedade pela legislação civil brasileira. Essa violação de deveres legais gera danos à moral e à honra daquele que depositava na relação todas suas expectativas, pois se insurge o sentimento da dor, da humilhação, da insegurança, da impotência, entre outros tantos sentimentos desagradáveis.

O adultério só se caracteriza pela conjunção carnal, ou seja, pelo coito vaginal. Inácio de Carvalho Neto¹¹³ afirma que qualquer outra forma de relacionamento amoroso, por exemplo, relações sexuais impróprias, ou mesmo seus preparativos, não são exatamente práticas adúlteras, mas caracterizam injúria grave e também são infrações ao dever de fidelidade.

2.5 Afetividade versus Fidelidade

¹¹³ CARVALHO NETO, Inácio. *Responsabilidade no Direito de Família*. 4. ed., rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2011, p. 102.

As relações de família são fundamentadas no afeto, isto é, aquelas bem-sucedidas. Sem o afeto a tendência é o não prosperar da relação, criando uma frieza e distanciamento entre os partícipes da relação. No passado, a família era um centro econômico, religioso e de reprodução, agora, transformada em um ambiente unido pelo afeto.

A afetividade é considerada um princípio constitucional, encontra-se no capítulo VII da Constituição Federal, especificamente nos artigos 226, parágrafo 4º, artigo 227, caput, parágrafos 5º e 6º e artigo 229. Todos com referência ao amor e afetividade no âmbito constitucional. Inclusive, a jurisprudência aceita o argumento afetivo como o formador de famílias, como no caso de uma ação declaratória de irmandade socioafetiva, assim declarada, mesmo não tendo sido formada sob os padrões esperados pela sociedade¹¹⁴.

As dores humanas e as angústias sofridas por cada um são integrantes dos desafios de crescimento e amadurecimento das relações interpessoais. Pode parecer, ao primeiro olhar, como um dos mais doloridos sofrimentos, mas pode, futuramente, servir de direção e melhor condução para os envolvidos e preocupados com a tarefa de bem-viver¹¹⁵.

Antônio Carlos Mathias Coltro¹¹⁶ enuncia que não há questionamentos sobre o nascimento do afeto, entendendo o autor que, o amor e o afeto vêm naturalmente, sendo impossível obrigar alguém a amar ou se apaixonar pelo outro, e a um passo contraditório, passou-se a se verificar a possibilidade de condenação a indenização por danos morais pelo rompimento afetivo. Por exemplo, pelo casamento e união estável rompidos, por abandono afetivo de um dos pais ou ambos a um filho, tentando-se assim verificar que há

¹¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 1002405816329-6/001. Relator Desembargadora Maria Elza, julgado em 13.06.2006.

¹¹⁵ SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina*. Revista IOB, v. 11, n. 58, fev./mar. 2010.

¹¹⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 489.

descumprimento de vínculo contratual, mesmo que afetivo, e que pelo descumprimento, o causador deste, ficaria obrigado a reparar o inocente.

Maria Berenice Dias¹¹⁷ como Antônio Carlos Mathias Coltro¹¹⁸ entendem que o ramo do Direito Civil denominado de Direito de Família é o único do direito privado em que a vontade não é o elo que liga as partes envolvidas e sim o afeto, portanto, e, por esse motivo, verificam os autores uma dificuldade ou mesmo impossibilidade de indenização por danos morais por rompimento dessas relações.

O afeto, o sentimento, é a base da sobrevivência do casamento e união estável, mas podem ser extintos pelo divórcio, e *apagados* pela separação de fato. A própria Constituição Federal permitiu o rompimento pelo divórcio.

A Constituição Federal entende a família como um espaço de igualdade, liberdade e afetividade, e todos esses princípios estão como que integrados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Vê-se que as pessoas têm liberdade na escolha do parceiro, e hoje, a liberdade de permanecer ou não com o mesmo, extinguindo judicialmente o vínculo, ou apenas separando-se de fato, somada a liberdade de estabelecimento de novo relacionamento.

Adélia Moreira Pessoa relata que os novos rumos tomados pelos Juízes e Tribunais, por exemplo, quando entendem pela ruptura sem definição da culpa de um dos cônjuges, verifica-se a sintonização de que a família é o principal espaço para a realização da dignidade da pessoa humana.¹¹⁹ Manter a família, apenas valerá a pena quando a dignidade tanto dos cônjuges quanto dos filhos sejam respeitadas caso contrário, é mister colaborar por seu rompimento.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

¹¹⁸ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 489.

¹¹⁹ PESSOA, Adélia Moreira. *A objetivação da Ruptura na Separação Judicial*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA – Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 5, n. 22, fev./mar., 2004, p. 50.

O que é notório é que os casamentos e uniões estáveis contemporâneas são tomados e construídos tendo por base a afetividade, o predomínio dos projetos em comum, a parceria entre si, deixando quase que invisível a subalternidade da mulher que fazia com que as uniões se mantivessem mesmo sem amor, sem afeto, sem companheirismo. Vive-se o contexto do avanço da liberdade pessoal e também da provisoriedade, marcando a queda da culpa nas discussões sobre separação e divórcio.¹²⁰ César Peluso adverte que quem decide separar-se do outro, por já não amar ou não tolerar o parceiro, tem suas razões que podem não ser a culpa atribuível ao outro¹²¹.

A separação se traduz num luto afetivo, em que se verifica a morte dos projetos em comum do casal, os sonhos que não mais serão por eles juntamente realizados, toda a expectativa não vivida, o desejo de completude do casal não alcançado, além disso, no momento da separação cada cônjuge tenta depositar no outro a culpa por essas frustrações. Só o fato da separação ou do divórcio por cessação da afeição não é causa de reparação. O desamor, por si só, não gera direito à indenização, não se constitui em ato ilícito.

O acórdão da 4ª Turma do Tribunal Superior de Justiça (Recurso Especial n. 467.184/SP) inovou por trazer uma resignificação de práticas, nomes e instituições¹²², sendo, portanto, um referencial importante para os juízes e tribunais, quando julgou ação e reconvenção de uma separação litigiosa não imputando a culpa a nenhum dos cônjuges¹²³.

¹²⁰ PESSOA, Adélia Moreira. *A objetivação da Ruptura na Separação Judicial*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA – Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 5, n. 22, fev./mar., 2004, p. 52.

¹²¹ PELUSO, Antônio César. *O desamor como causa de separação*. Campinas: Millennium, 2002, p. 425.

¹²² PESSOA, Adélia Moreira. *A objetivação da Ruptura na Separação Judicial*. Revista Brasileira de Direito de Família – Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 5, n. 22, fev./mar., 2004, p. 55.

¹²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 467.184/SP Ementa: SEPARAÇÃO. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte. Relator Ministro RUY ROSADO

A apelação cível n. 70005834916¹²⁴ de Porto Alegre traz entendimento de que a vitimização de um dos cônjuges não produz nenhum efeito prático-jurídico, não afetando os direitos e deveres relativos à guarda, nem a partilha de bens ou alimentos, sendo apenas uma forma de satisfação pessoal do cônjuge dito inocente.

Dúvida não há, observando-se os julgados, que cada dia é superior o entendimento de que, tanto a doutrina como a jurisprudência, na tentativa de solucionar conflitos ainda não amparados pela legislação, de que o objetivo precípua do Direito das Famílias é o afeto, surgindo no sistema jurídico brasileiro o princípio da afetividade, aplicável a todas as relações de família, todas suas manifestações, inclusive as não abrangidas na legislação.

Inobstante não existir na Constituição a palavra afeto, em diversas passagens do texto constitucional observa-se que o legislador o trouxe no âmbito de sua proteção, como por exemplo, no fato de reconhecer a união estável como entidade familiar e dar-lhe proteção jurídica, deixando claro que o

DE AGUIAR (1102) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 05/12/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 17/02/2003 p. 302.

¹²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível 70005834916 – Porto Alegre – 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, negaram provimento por v.u., j.2.4.2003. Ementa: AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PRÁTICA DE ADULTÉRIO. RECONHECIMENTO DA CULPA AFASTADA. IRRELEVÂNCIA PARA O DESLINDE DA DEMANDA. ALIMENTOS PARA EX-MULHER. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. PESSOA JOVEM, SAUDÁVEL E COM FORMAÇÃO SUPERIOR. PAGAMENTO ATÉ A PARTILHA DOS BENS. DANO MORAL. PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL DE CADA CÔNJUGE. EXCLUSÃO DA COMUNHÃO. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial, uma vez que a eventual infração cometida por um dos cônjuges decorre da natural deteriorização da relação conjugal. Os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio necessidade/possibilidade, isto é, de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Admite-se estabelecer o pagamento de pensão alimentícia à ex-mulher até a partilha de bens, que irá receber, por direito de meação, considerável patrimônio. A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos, não gerando dano moral indenizável à parte ofendida. Os honorários advocatícios percebidos pelo varão, fruto do seu trabalho pessoal, não compõem o acervo partilhável. Se tais rendimentos estão excluídos da comunhão no curso do casamento, com mais razão ainda após o término da sociedade conjugal. Inteligência do artigo 1.659, inc. VI, do Código Civil. Nas ações que também envolve partilha de bens, encerram conteúdo econômico, devendo a fixação dos honorários se dar com base no valor dos bens que compõem o acervo comum. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021640743, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 13/03/2008). Data de Julgamento: 13/03/2008. Publicação: Diário da Justiça do dia 19/03/2008.

selo do casamento não é prescindível para que haja afeto entre duas pessoas, além da constitucionalização de um novo modelo de família conhecida como eudemista que propugna pela felicidade individual, onde é o afeto e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais, ensejando o reconhecimento desse afeto, como lembra Maria Berenice Dias¹²⁵, como único modo eficaz de definição da família.

Pode-se, assim, interpretar o afeto como direito fundamental, ainda como uma das formas de garantir à pessoa a dignidade expressa na Constituição Federal. Se no âmbito do direito das famílias o afeto deriva do primado da dignidade da pessoa humana, resta evidente o reconhecimento do afeto como direito fundamental.

Paulo Luiz Neto Lôbo¹²⁶ identifica que na Constituição Federal existem quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade. Primeiramente, a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (artigo 227, §6º, Constituição Federal), em seguida, a adoção como escolha manejada em virtude do afeto, dando ao adotado direitos iguais ao do filho biológico (artigo 227, §§ 5º e 6º, da Constituição Federal), menciona, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos (artigo 226, §4º, Constituição Federal) e, por fim, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (artigo 227, Constituição Federal).

No Código Civil, o legislador lembrou do afeto, utilizando a palavra *afetividade* quando das disposições da proteção dos filhos nos casos de dissolução de sociedade ou do vínculo conjugal. O parágrafo único do artigo 1.584 do Código Civil dispõe que quando for observado que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando em consideração o grau de parentesco e relação de afinidade e *afetividade*, nos termos da legislação específica.

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 52.

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numeros clausus*. In: PEREIRA, Rodrigues Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.95.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando definiu a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, inserindo-as no âmbito do Direito de Família e deferindo a herança ao parceiro sobrevivente, são exemplos da aplicação do princípio da afetividade no direito brasileiro.

O casamento, que anteriormente, muitas vezes era realizado para fins de regularização da atividade sexual, ganhou um novo perfil, começou a atender os interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes, cumprido seu papel como concretização da dignidade da pessoa humana¹²⁷.

O afeto está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. O filho, que após a separação, recebe a pensão alimentícia mensalmente, mas não desfruta da presença do pai, sobre a falta do afeto, assim, tem parte de sua dignidade não alcançada. O afeto, a cada dia, tem sido o ingrediente fundamental das relações familiares, entre pais e filhos, marido e mulher, companheiros.

O vínculo familiar está mais valorizado, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, que entende que o modelo tradicional e o modelo científico de família partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século.

Antônio Jorge Pereira Júnior diferencia amar de gostar, dizendo que gostar é ato próprio da afetividade e amar é ato da vontade, são termos diferentes utilizados, muitas vezes como sinônimos, e tal falta de percepção dessa diferença acarretam crises familiares. Amar pressupõe conhecimento, pressupõe despeito de si próprio em prol do outro. *Quem ama gasta-se pelo bem do outro*. Já gostar, segundo Antônio Jorge Pereira Júnior é buscar a

¹²⁷ Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº 408.550-5, de 01.04.2004), por sua Sétima Câmara Cível, que dispôs: INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

própria satisfação na posse do bem que deleita. O autor relata que quando Jesus no Novo Testamento fala de amor, usa a palavra ágape, um amor exprimido pelo comportamento e pela escolha, não o sentimento do amor.¹²⁸

Continua afirmando que o afeto é fator de aproximação dos indivíduos e elemento fundamental para as constituições das relações familiares entre homem e mulher, por exemplo, mas, não é suficiente para consolidar uma autêntica estrutura familiar, afirma que *construir uma relação que se pretende perdurável sobre afetos é erguer um edifício sobre areia movediça*. Uma família só prosperará se aprender a se amar, transcender-se.¹²⁹

O Direito não considera o afeto, elemento subjetivo, como elemento cerne das relações jurídicos-familiares, o que o Direito considera é o compromisso de formar uma família, o cumprimento dos deveres que dela nasceram. A formação de uma família, é um fato jurídico e produz efeitos jurídicos. Como em uma obrigação, vincula os sujeitos e esses são titulares de deveres e direitos reciprocamente. Vê-se que o juiz de paz não pergunta se o homem ama aquela mulher, pergunta sim, se está livremente disposto a casar-se com ela. Os afetos são instáveis, portanto, não é razoável que o direito positivo os enquadrem ou requadrem.¹³⁰

Giselle Câmara Groeninga conceitua afeto como uma energia mental que se expressa de várias formas, desde as formas mais amorosas até as mais agressivas, indo para além do amor, para ela, o afeto pode ser ambivalente, amor e ódio podem ser assim designados. Os afetos constituem a energia psíquica, fundamentada no prazer e desprazer, que valora relações e se transforma em sentimento.¹³¹

¹²⁸ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e Estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.57-77.

¹²⁹ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e Estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 69.

¹³⁰ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e Estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 74.

¹³¹ GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e Estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.204

2.6 Boa-fé objetiva nas relações conjugais

A boa-fé intermedeia todos os negócios jurídicos, a expectativa de que os contratantes ajam com boa-fé é inerente à realização da obrigação, mas o contrário pode acontecer. Nas relações familiares a expectativa de atuação das partes com boa-fé é ainda maior, pois com o envolvimento emocional e afetivo entre as partes, espera-se que ambas se relacionem com maior grau de lealdade, sinceridade e cumplicidade possível.

A boa-fé objetiva, isto é, a lealdade, que deve comandar não só os contratos, mas todas as relações intersubjetivas que gerem relações jurídicas, tem três funções principais. A primeira é que a boa-fé objetiva é regra de conduta obrigatória dos contratantes (artigo 422 do Código Civil). A segunda função é de regra de interpretação dos negócios jurídicos, por exemplo, o casamento e a união estável (artigo 113 do Código Civil) e a terceira regra é de limitação do exercício de direitos (artigo 187 do Código Civil).¹³²

O Código Civil trata da teoria da confiança como base das relações intersubjetivas, estritamente ligadas à boa-fé¹³³. Essa teoria tem como fundamento a boa-fé entre as partes, e tem no Direito de Família a principal subárea do Direito Civil, certo de que é no Direito de Família que há a maior necessidade de verificação de boa-fé, pois é onde o afeto é visualizado, diferentemente das demais áreas do Direito Civil.

Os bons costumes também poderão ser utilizados para entender que a fidelidade além de dever matrimonial é o esperado pela sociedade, pois

¹³² GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e Estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 554.

¹³³ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 551.

constata-se que na sociedade brasileira houve e ainda há expectativas de relacionamentos conjugais em que as relações sexuais se deem apenas entre os cônjuges e dentro de um Código que tem com um dos fundamentos a ética, há sentindo a cláusula que impõe respeito aos bons costumes, pois reza o artigo 187 do Código Civil que também comete ato ilícito o titular de um direito que excede manifestamente os limites impostos pelos bons costumes.¹³⁴

À boa-fé são incluídos os deveres anexos, cita-se, entre outros: a) o dever de cuidado em relação à outra parte negocial; b) o dever de respeito; c) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; c) o dever de agir conforme a confiança depositada; d) o dever de lealdade e probidade; e) o dever de colaboração ou cooperação; f) o dever de agir conforme a razoabilidade e a equidade, ressalta-se que os deveres anexos não precisam estar previstos no instrumento negocial.

Além da relação com esses deveres anexos, o Código Civil, em três dos seus dispositivos, apresenta funções importantes para a boa-fé objetiva. A primeira é a função de interpretação do negócio jurídico, conforme consta do artigo 113 do atual Código Civil. A segunda é a denominada função de controle, conforme artigo 187 do Código Civil, segundo o qual aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito. A terceira função é a função de integração do contrato, conforme artigo 422 do Código Civil¹³⁵.

A aplicação dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, a princípio, tem pura aplicação ao Direito de Família, com ressalva apenas do artigo 422, caso não se considere casamento e união estável como contratos. Se, por exemplo, se considere necessário a característica patrimonial no conceito de contrato, pois pelo menos aparentemente é necessário, pode-se entender que casamento e união estável não são contratos, pois são vínculos destituídos de intuito patrimonial, o mesmo valendo para os demais institutos de Direito de

¹³⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 554.

¹³⁵ TARTUCE, Flávio. *Argumentos Constitucionais pelo fim da separação de direito*. IBDFAM, v. 13, n. 66, jun./jul. 2011, p. 141-143.

Família, nos quais se buscam o afeto, o amor, ou a própria perpetuação da vida humana.

O primeiro dever do casamento é o de fidelidade (artigo 1.566, inc. I do Código Civil), que mantém relação direta com a boa-fé objetiva, entendida como uma conduta leal que deve existir entre as partes em um negócio jurídico, caso inclusive do casamento. O segundo dever trata-se da mútua assistência (artigo 1.566, inc. II do Código Civil), que também decorre da boa-fé, sendo entendida não só como assistência econômica, mas também assistência afetiva e moral. O dever que mais mantém relação com o dever de lealdade é o de respeito e consideração mútuos (artigo 1.566, inc. V do Código Civil). A vida em comum, no domicílio conjugal, também constitui um dever decorrente do casamento (artigo 1.566, inc. II do Código Civil), o que inclui o débito conjugal, que Maria Berenice Dias indaga se há, verdadeiramente, um conceito para débito conjugal, seria a obrigação do exercício da sexualidade, significa que os cônjuges são obrigados a praticarem sexo¹³⁶. O conceito de coabitação foi modificado com o passar dos tempos, permitindo-se a coabitação fracionada, sem que haja quebra dos deveres do matrimônio. A solidariedade social prevista na Constituição Federal (artigo 3º, inc. I) pode ser entendida nas relações familiares verificando-se o dever decorrente do matrimônio de sustento, guarda e educação dos filhos (artigo 1.566, inc. IV do Código Civil).

A boa-fé deve estar presente em todas as fases do relacionamento afetivo-amoroso, na fase pré-contratual, no namoro ou noivado, e permanecer enquanto tal contrato de casamento vigorar, tratada especificamente no artigo 1.561¹³⁷ do Código Civil, com o fim do contrato, a boa-fé ainda precisa vigorar.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Débito ou crédito conjugal?* Disponível em; <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 23 de maio de 2012.

¹³⁷ Artigo 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Inclusive, na fase pré-contratual, ou seja, na promessa do casamento, no noivado é possível verificar entendimentos e julgamentos que foram favoráveis à indenização por danos morais e materiais fundamentados no respeito à boa-fé de um dos nubentes ao romper o noivado em circunstâncias constrangedoras que colocaram o outro nubente em situação vexatória.

A quebra dessa promessa ocorre, muitas vezes, quando se estabelece um compromisso de noivado, de modo a fazer surgir o dever de indenizar. A possibilidade de reparação nesse caso vem sendo tratada pela doutrina, na qual há posicionamentos em ambos os sentidos, aqui o fato que gera uma possibilidade de indenização é a quebra da promessa em determinadas situações.

Entre os que estão favoráveis à indenização, Inácio de Carvalho Neto¹³⁸, que lembra que a indenização nos casos de rompimento de noivado tem sua base na regra geral da Responsabilidade Civil, mesmo o Código Civil não regulando os efeitos do descumprimento da promessa. É possível a indenização de danos morais em decorrência da quebra da promessa de casamento futuro por um dos noivos, optando-se por deixar a Responsabilidade Civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito.

Ao contrário, Maria Berenice Dias¹³⁹ entende que, em casos tais, seriam indenizáveis somente os danos emergentes, os prejuízos diretamente causados pela quebra do compromisso. Não tendo o que se falar em danos morais ou mesmo em lucros cessantes. Sabe-se que o que o casamento não é, é fonte de lucro, e Maria Berenice Dias, por isso, não verifica hipótese de ressarcimento de lucros cessantes, mas, a análise do caso concreto é o mais recomendável.

¹³⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4. ed., ver., atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 227.

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

Especificamente quanto à quebra de promessa de casamento futuro, no Código Civil, o dever de indenizar surge não com base no artigo 186, que trata do ato ilícito, mas com fundamento no artigo 187, que disciplina o abuso de direito. Esse é um dos pontos onde os posicionamentos encontram divergência, pois há quem reconheça o dever de indenizar nessas situações em decorrência do ato ilícito propriamente dito.

Na jurisprudência há julgados que apontam para a reparabilidade dos danos morais em casos tais¹⁴⁰ e também decisões que afastam totalmente a possibilidade de reparação dos danos morais por quebra de noivado¹⁴¹. Há ementas que afastam o dever de indenizar em casos determinados, mas reconhecem a reparabilidade dos danos morais por quebra de promessa de noivado¹⁴². Na verdade, diante da casuística, é preciso conciliar todos esses

¹⁴⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL - ROMPIMENTO DE NOIVADO ÀS VÉSPERAS DO CASAMENTO - FALTA DE MOTIVO JUSTO, GERANDO RESPONSABILIDADE E INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO MODERADAMENTE - RECONVENÇÃO IMPROCEDENTE FACE À CULPA DO RÉU PELO ROMPIMENTO - RECURSO DA APELANTE PROVIDO E DO APELADO DESPROVIDO. O noivado não tem sentido de obrigatoriedade. Pode ser rompido de modo unilateral até momento da celebração do casamento, mas a ruptura imotivada gera Responsabilidade Civil, inclusive por dano moral, cujo valor tem efeito compensatório e repressivo, por isto deve ser em quantia capaz de representar justa indenização pelo dano sofrido." (Tribunal de Justiça do Paraná, Acórdão n. 4651, Apelação Cível, relator: des. Antonio Gomes da Silva, comarca: Londrina, 3ª Vara Cível, órgão julgador: Quinta Câmara Cível, data public.: 13/03/2000).

¹⁴¹ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - FALSA IMPUTAÇÃO DE CONDUTA DESONROSA, ENSEJADORA DO TÉRMINO DE DURADOURO RELACIONAMENTO AMOROSO - CULPA CARACTERIZADA - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - ARBITRAMENTO - PRUDENTE ARBITRIO DO JULGADOR. I - Não coaduna com o ordenamento jurídico pátrio a conduta daquele que, sendo pretendente de uma determinada mulher, que, à toda evidência, não correspondia às suas pretensões, põe-se a difamá-la, notadamente para com o seu então namorado de longos anos, com o qual já falava em noivado, vindo a ensejar o rompimento do namoro, com nefastas conseqüências de ordem emocional para ela. II - Deve-se fixar o valor da compensação do dano moral com cautela e prudência, atendendo às peculiaridades próprias ao caso concreto, de modo que o valor arbitrado não seja elevado ao ponto de culminar aumento patrimonial indevido ao lesado, nem demasiadamente inexpressivo, por desservir ao seu fim pedagógico, advindo do ordenamento jurídico atinente à espécie." (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Acórdão n. 0378853-0 Apelação Cível, 2002, comarca: Belo Horizonte/Siscon, órgão julg.: 1ª Câmara Cível, relator: juiz Osmando Almeida, data julg.: 25/02/2003, decisão: unânime.)

¹⁴² CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - ALEGAÇÃO DE DEFLORAMENTO E DE PROMESSA DE CASAMENTO - CONCUBINATO - ROMPIMENTO - OFENSA À HONRA - NÃO CARACTERIZAÇÃO. O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, de sorte que, alegando a autora, mas não provando, que foi desvirginada pelo réu e que este lhe fez promessa de casamento, em razão da qual teria deixado os estudos e o trabalho, não há que se falar em ofensa à honra e, por conseguinte, no dever de indenizar. O rompimento unilateral de concubinato não constitui ato ilícito, ofensivo à honra do concubino abandonado, e, via de conseqüência, não gera, por si só, direito à indenização por dano

entendimentos jurisprudenciais para chegar a uma conclusão plausível dentro do caso concreto a ser analisado.

A divergência está quanto ao fundamento jurídico da reparação moral em casos tais. Um dos entendimentos primam pela motivação da indenização fundamentada no artigo 186 do atual Código Civil, dispositivo que conceitua o ato ilícito, vigorando o entendimento de que houve lesão ou violação de direitos quando alguém não celebra o casamento prometido, pois a promessa de casamento vincula a sua celebração futura. De outro lado, há o entendimento de que o dever de indenizar, em casos tais, decorre do abuso de direito, pelo desrespeito à boa-fé objetiva ou, dependendo do caso, aos bons costumes. Desse modo, o dever de indenizar, nos moldes do artigo 927, *caput*, do Código Civil, tem por fundamento o artigo 187 do Código Civil.

O abuso de direito é um direito, ou seja, um ato lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências, exercer um direito de forma extrapolada. No caso em questão, a promessa de um casamento futuro é perfeitamente lícita, mas se a parte promitente abusar desse direito, ao desrespeitar os deveres que decorrem da boa-fé, presente estará o seu dever de indenizar.

A regra quanto ao dever de indenizar o ato ilícito é a da Responsabilização mediante culpa em sentido amplo, que circunda o dolo e a culpa estrita. Em caso de abuso de direito ou de quebra dos deveres anexos, a Responsabilidade não depende de culpa, pelo que consta dos Enunciados n. 24¹⁴³ e n. 37¹⁴⁴ do Conselho da Justiça Federal, aprovados na I Jornada de Direito Civil.

moral." (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Acórdão n. 0369540-9, Apelação Cível, 2002, comarca: Guaxupé, órgão julg.: 3ª Câmara Cível, relator: juiz Maurício Barros, data julg.: 11/12/2002, dados publ.: não publicada, decisão: unânime.)

¹⁴³ Enunciado 24 - Artigo 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

¹⁴⁴ Enunciado 37 – Artigo 187: a Responsabilidade Civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

A boa-fé também precisa ser verificada nas uniões estáveis, sabe-se que a união estável é reconhecida como entidade familiar no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Tal instituto jurídico é tratado também pelo Código Civil, que consolida a matéria (artigos 1.723 a 1.727). O artigo 1.723 da atual codificação diz ser reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. O dispositivo em questão apresenta os requisitos para a caracterização da união estável.

Observa-se que deve estar configurada a intenção dos companheiros de constituição de família. Essa intenção está relacionada com a boa-fé subjetiva. A própria atuação dos conviventes pode presumir a existência da união estável. Se o comportamento dos companheiros indicar tal intenção, no tratamento entre eles, haverá a presunção de existir a referida entidade familiar.

A boa-fé objetiva pode ser encontrada na união estável quando implicitamente se entende como requisito da mesma a exclusividade, apesar de não constar expressamente no artigo 1.723 do Código Civil, pois relaciona-se com a intenção de constituição de família, boa-fé subjetiva, e decorrente dos seus deveres, constantes do artigo 1.724 do Código Civil, boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva constitui a evolução do próprio conceito de boa-fé e estando relacionada com a boa conduta, deve estar presente em todas as fases dos negócios jurídicos em geral. A boa-fé objetiva está alistada com os deveres anexos, cuja quebra gera a violação positiva do negócio, de modo a imputar Responsabilidade àquele que a desrespeitou, sendo necessária sua verificação nas relações familiares, principalmente no casamento e união estável.

CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE MATRIMONIAL

3.1 O dano moral decorrente do descumprimento do dever de fidelidade conjugal

Quando as condutas de um indivíduo colocam em risco a vida, a integridade moral, a integridade física, a integridade psíquica ou mesmo o patrimônio de outrem se investiga a necessidade de averiguação, identificação e apenação do causador dessa desordem¹⁴⁵.

Certo é que os prejuízos sofridos pela vítima, mesmo tendo esta os vivido no âmbito familiar poderão ser ressarcidos, inclusive e principalmente, os de ordem moral, pois é no lar onde a pessoa deveria estar mais assegurada de um não prejuízo moral, é no seio familiar que as pessoas esperam encontrar o conforto para os demais problemas e dissabores da vida. Observa-se que, as relações familiares como qualquer outra relação jurídica pode gerar abusos ou lesões, situações que venham a gerar dano¹⁴⁶.

Viu-se que quanto à comprovação dos prejuízos morais sofridos, no campo do Direito de Família é necessária a demonstração da culpa para o ressarcimento, mesmo havendo ainda discussão sobre a exclusão da culpa nos rompimentos conjugais. Maria Berenice Dias entende que *nada justifica a inserção da culpa no âmbito das relações familiares*¹⁴⁷, a tentativa de se buscar um culpado para a dissolução da sociedade conjugal apenas é relevante para a

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 111.

¹⁴⁶ Inácio de Carvalho Neto, aduz que “o dano que ontem inclinava para o nefasto azar, hoje intenta encontrar seu autor, e a infactível e conformada resignação cede espaço para a Responsabilidade Civil, quer pelo prejuízo material, quer incida o dano sobre valores imateriais (CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4.ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21)

¹⁴⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4.ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

tentativa de desestimular a separação ou divórcio, intimidando os partícipes a se manterem casados.

É certo que, no momento em que a lei ou os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acertam por identificar um culpado quando uma relação afetiva se exaure, aplicando-lhe penas, por óbvio que essa apenação tem um fim pecuniário, mesmo não se verificando qualquer abalo patrimonial em relação à vítima.

Maria Berenice Dias relata que, como o Estado é a salvaguarda da família, lhe ofertando proteção especial, seu interesse em preservar o casamento fez o instituto da culpa migrar para o Direito de Família¹⁴⁸ e isso erroneamente, pois como as relações familiares se iniciam pelo afeto, apenas a falta deste poderá fazê-las terminar, independentemente de se encontrar um culpado ou não por isso.

Antônio Carlos Mathias Coltro¹⁴⁹ faz menção ao fenômeno da *projeção* para clarear a aplicação do instituto do dano moral pelo descumprimento do dever de fidelidade, que enuncia que apesar de não devidamente prescrita determinada norma, determinado valor, *a projeção jurídica, quanto à sua natureza, não é nada mais do que o efeito direto das transformações internas da vida social sobre as normas de decisão* e assim, vê-se que mesmo antes da promulgação da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal já afirmava, com precedente de 1914¹⁵⁰, a possibilidade de indenização por danos morais puros.

¹⁴⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. 4.ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

¹⁴⁹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 487.

¹⁵⁰ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 487.

Agora, também em projeção, apesar de não constar norma específica que enquadre os fatos familiares na possibilidade de Responsabilização civil, é provável e possível verificar a aplicação dos pressupostos da Responsabilidade civil ao Direito de Família, e observar as condenações em indenizar quando um dos cônjuges descumpre o dever de fidelidade.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 4.236¹⁵¹, já perfazia a ideia de condenação em danos morais quando decidiu que o artigo 159 do Código Civil de 1916 deveria ser analisado de maneira ampliada, compreendendo todos os danos. Em momento posterior, tendo em vista as dúvidas relativas à liquidação do dano causado pela dor moral, a Constituição Federal trouxe o tema no artigo 5º, inciso V, assunto também que ganhou novas noções com o Código Civil de 2002, no artigo 186¹⁵².

Vê-se que a indenização causada pelo dano moral é legalmente possível, não tendo mais qualquer discussão relativa à sua consideração ou não, acontece que há um aparente novo enfoque desse tipo de indenização, aliás, vários novos enfoques, e esses novos parâmetros para a indenização por danos morais serão analisados sob a égide do Direito de Família. Por bem é bom lembrar que várias são as hipóteses de atos praticados por membros de uma família a outros que podem de alguma forma resultar em lesões graves,

¹⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 4236/RJ. 3ª Turma, julgamento em 04 de junho de 1991, Relator Nilson Naves. Responsabilidade Civil – Homicídio – Dano Moral. Indenização – Cumulação com a devida pelo dano material. Os termos amplos do artigo 159 do Código Civil hão de entender-se como abrangendo quaisquer danos, compreendo, pois, também os de natureza moral. O Título VIII do Livro III do Código Civil limita-se a estabelecer parâmetros para alcançar o montante das indenizações. De quando será devida a indenização cuida o artigo 159. Não havendo norma específica para a liquidação, incide o artigo 1553. A norma do artigo 1.537 refere apenas aos danos materiais, não constituindo óbice a que se reconheça deva ser ressarcido o dano moral. Se existe dano material e moral, ambos ensejando indenização, esta será devida como ressarcimento de cada um deles, ainda que oriundos do mesmo fato. Necessidade de distinguir as hipóteses em que a pretexto de indenizar-se o dano material, o fundamento do ressarcimento, em verdade, é a existência do dano moral.

¹⁵² COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 488.

lesões estas que são passíveis de indenização, de forma pessoal como material¹⁵³.

Inácio de Carvalho Neto¹⁵⁴ admite que dois sejam os âmbitos em que o indivíduo pode ser considerado nessa análise da ótica da Responsabilidade Civil no Direito de Família, uma delas vê a pessoa em sua ordem individual nas relações familiares, logo, com direitos e deveres nas relações familiares, por exemplo, direito e dever de alimentos, dever de fidelidade, entre outros, e em segundo plano, o indivíduo na ordem social, *representado pelo interesse do Estado na sólida organização da família e na segurança das relações humanas*.

A estabilidade das relações familiares resultante da indissolubilidade do casamento favorecia a muitas separações de fato e poucos desquites, porque também poucas eram as razões que levavam à separação. A reprovação era praticamente de duas ordens: perda do direito a alimentos e ao uso do nome, sanções que, em verdade, praticamente só atingiam a mulher, quando culpada. Afinal, geralmente a situação de alimentante era do cônjuge varão e o nome também era dele, porque a mulher é que assumia os seus apelidos¹⁵⁵.

Com a promulgação da lei do divórcio (Lei n. 6515 de 1977) e o debate de adoção da igualdade entre os sexos, dentro e fora do casamento, foram deixando sem importância a ideia de culpa nos processos de separação, mesmo porque o simples decurso do tempo de separação fática leva à natural separação judicial, sem que se decline qual a razão para tanto.

¹⁵³ CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4 ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 11.

¹⁵⁴ CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4 ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

¹⁵⁵ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Palestra proferida em Manaus, no Seminário “A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA”, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

Fica registrado que a questão dos alimentos é inteiramente distinta da ideia de indenização por Responsabilidade Civil. A pensão alimentícia é um dever derivado de laços parentais estabelecidos entre marido e mulher, companheiro e companheira e entre estes e os seus descendentes e ascendentes. O fundamento, portanto, transcende a ideia de matrimônio ou de culpa, pois está pautado no dever moral e social de prestar assistência. Certo é também que o dever de alimentos não excluiu uma possibilidade de indenização por danos morais em face do descumprimento do dever de fidelidade, os pedidos podem ser cumulados.

A Responsabilidade Civil, diferentemente, tem como fundamento a ideia de dano que atente contra o estado de família, o qual se sobrepõe como atributo da personalidade. O ilícito que viole o estado familiar, capaz de gerar gravame moral, assim como sucede nas demais violações do direito da personalidade, está sujeito a ser reparado mediante indenização.¹⁵⁶

Se não há que falar em direito de indenização decorrente do só fato da separação, a infração aos deveres conjugais e dos conviventes (arts. 1.566 e 1.724 do Código Civil), poderá além de permitir o rompimento do vínculo, impor, excepcional e casuisticamente, a obrigação de reparar o suposto dano dele decorrido. Inclina-se a doutrina a sustentar que, algumas condutas como adultério, abandono do lar, conduta desonrosa, se ostentadas publicamente ensejariam a compensação por danos morais (artigo 186 do Código Civil)¹⁵⁷.

A relação concubinária, embora não constitua entidade familiar à luz da Constituição Federal, pode gerar a Responsabilidade Civil. Se o desenlace se deu através de ofensas morais ou de violência física, a vítima terá direito à indenização por tais danos e não pelo rompimento, em regra. Ocorre que é cada vez mais frequente na jurisprudência o reconhecimento do dever de

¹⁵⁶ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Palestra proferida em Manaus, no Seminário “A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA”, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

¹⁵⁷ DAMIAN, Karine. *A Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 23 de nov. de 2009. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6577/a_Responsabilidade_Civil_no_direito_de_familia >. Acesso em: 01 de abril de 2012.

indenizar os danos materiais quando a ruptura é de um longo concubinato, tendo sido empregado grande esforço para a formação do patrimônio comum.¹⁵⁸ É importante observar, que nesse caso as indenizações não serão por descumprimento do dever de fidelidade, relativo ao casamento, ou de lealdade e respeito, vistos na união estável, pois nessa relação há uma impossibilidade de um dos consortes se casar.

O dano moral, desde sua integração ao texto constitucional, trouxe garantias sedimentadas aos indivíduos, e sua inclusão ao texto constitucional aclarou sua aplicação, podendo então ser aplicado a qualquer relação jurídica, inclusive àquelas formadas no seio familiar. A aplicação do instituto do dano moral no Direito de Família pode significar uma evolução do instituto, no clamor de abarcar o maior número possível de relações jurídicas.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos¹⁵⁹ registra que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneiro, seguido do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e reconheceu, em tese, o direito à indenização por danos morais por violação a dever conjugal, em que só não existiu condenação por falta de provas do dano, transparecendo em acórdão proferido pela 1.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a participação dos Desembargadores Athos Gusmão Carneiro, Túlio Medina Martins e Cristóvão Daiello Moreira como relator, datado de março de 1981. O reconhecimento, em tese, ao direito à indenização por danos causados pela violação a dever conjugal foi verificado, não obstante sem condenação por ausência de prova sobre a existência real de dano.

Como se verifica no julgado comentado, as causas fáticas do pedido, produzido na ação, eram as seguintes: tendo sido dissolvida a sociedade conjugal pela Responsabilidade do marido, em razão da prática de

¹⁵⁸ DAMIAN, Karine. *A Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 23 de nov. de 2009. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6577/a_Responsabilidade_Civil_no_direito_de_familia >. Acesso em: 01 de abril de 2012.

¹⁵⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. 1999, p. 165.

sevícia e injúria grave, e estipulado o seu dever de prestar alimentos à consorte inocente, esta última teria sofrido sérios prejuízos patrimoniais e morais, em face do comprometimento de sua juventude e de seus melhores anos na *empreitada frustrada por culpa do consorte*. Sendo que, além de furtar-se ao pagamento da pensão fixada, o ex-cônjuge ajuizara ação de partilha do único imóvel adquirido pelo casal, bem havido exclusivamente com rendimentos da esposa, durante a vigência do casamento.

Foi reconhecido que *a infração ao dever imposto pelo contrato, inclusive o de casamento, acarreta direito à indenização*, não foi o marido condenado a indenizar a mulher porque esta *não comprovou a existência de dano indenizável*¹⁶⁰, já que buscava o ressarcimento não propriamente pela prática de sevícia e injúria, mas, sim, pelo descumprimento do dever de assistência material, substituído pela obrigação alimentar.

Observe-se que tal julgamento não teve votação unânime, discordando o Desembargador Athos Gusmão Carneiro, por considerar que a agressão física praticada pelo cônjuge acarretou ao inocente *um dano moral, aliás, muito mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro. E esse dano moral (...) impende seja ressarcido*¹⁶¹.

Coloca-se ao Direito de Família o princípio geral de que diante de ação lesiva é assegurado o direito do ofendido à reparação, que se refere à Responsabilidade Civil e viabiliza a vida em sociedade, *com o cumprimento da finalidade do Direito e o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social*¹⁶².

A prática de ato ilícito pelo cônjuge, que descumpre dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade

¹⁶⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. 1999, p. 165.

¹⁶¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. 1999, p. 165.

¹⁶² SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. 1999, p. 184.

conjugal, gera a Responsabilidade Civil e impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressarcitório ou compensatório, seja o dano de ordem material ou moral.¹⁶³

É desejável que os Tribunais acolham os pedidos cujos pleitos indenizatórios referem-se aos danos decorrentes do grave descumprimento de dever conjugal, o que, se não constituir um cabresto aos rompimentos matrimoniais, aliviará a situação do cônjuge inocente e lesado.

A aceitação do princípio da reparabilidade de danos nas relações conjugais importa a aproximação entre a Moral e o Direito, desejável em todos os seus ramos e em especial no Direito de Família¹⁶⁴, pois é o local onde o indivíduo demonstra suas fragilidades e necessidades emocionais, necessitando ser entendido e respeitado no máximo grau necessário.

O Código Civil vigente, quase que repetindo o seu antecessor, estatuiu em seus artigos 186, 187 e 927, entre outros, as regras a serem seguidas quando o assunto é Responsabilidade Civil em decorrência de ato ilícito. O mesmo diploma legal estabelece nos artigos. 1.556 e 1.724, respectivamente, os deveres dos cônjuges e dos companheiros, dentre os quais estão o dever de fidelidade, Respeito e considerações mútuos e lealdade.

No momento em que um dos cônjuges ou companheiros busca satisfazer-se sexualmente com outra pessoa, diversa daquela com quem possui o compromisso de ser fiel, acaba por descumprir o dever de fidelidade que, em consequência, acarreta, também, o descumprimento dos deveres de Respeito, consideração e lealdade.

¹⁶³ Veja na íntegra o posicionamento de Regina Tavares da Silva Papa dos Santos, p. 187: No direito brasileiro, diante da legislação vigente e projetada, é descabida qualquer interpretação que impeça a aplicação dos princípios e regras sobre a Responsabilidade Civil à dissolução culposa da sociedade conjugal, porque a essência ética do casamento e a defesa da paz familiar, argumentos estes nos quais busca apoiar-se aquela exegese, não têm qualquer valia depois que um dos cônjuges promove contra o outro uma ação de separação judicial.

¹⁶⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. 1999, p. 188.

A traição atinge os sentimentos mais íntimos da pessoa, causa humilhação, vergonha e constrangimento, acabando por causar danos à moral e à honra. A traição, quando se torna pública acaba por levar o traído a situações embaraçosas e vexatórias e, mesmo que não se revista de publicidade, gera ao traído desconforto, dor, frustração, decepção, sendo considerada um ultraje aos costumes e ambições da sociedade brasileira.

Todo aquele que causa a outrem dor, angústia, frustração, humilhação, vergonha etc., deve ser responsabilizado civilmente, porque comete um dano injusto, um ato ilícito. Quando o cometimento deste dano injusto ocorre por ato unicamente intencional, torna-se ainda mais repulsivo. É o caso da traição, pois qualquer ato de infidelidade sem dúvida caracteriza ato ilícito, principalmente se se considerar o casamento um contrato e o dever de fidelidade uma de suas cláusulas.

Violado o dever de fidelidade nas relações amorosas como o casamento e a união estável, fica o violador, pela força dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, obrigado a indenizar o cônjuge ou companheiro inocente, pois há danos à honra e à moral do traído que resta por ter que suportar a dor da decepção e do desrespeito.

Apresentam-se como danos morais imediatos àqueles que atingem a esfera da personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento, dentre os quais estão os oriundos do descumprimento do dever de fidelidade, por adultério ou pela prática de ato que demonstre a intenção de satisfação do instinto sexual fora do relacionamento, por exemplo, a infidelidade virtual.

Assim, tem-se por evidente que desrespeitado pela traição o dever de fidelidade, restam também desrespeitados os deveres de Respeito, consideração e lealdade, surgindo, então, a obrigação daquele que traiu de indenizar o traído pelos danos causados à sua honra e à sua moral.

Para que surja o dever de indenizar é necessário que reste cabalmente provada a traição e, também, somente depois de esgotadas todas as tentativas de conciliação, pois pode que os cônjuges ou companheiros percebam que ambos são os responsáveis pela traição, que erraram, que

podem mudar, consertando o que antes ia mal na relação, a fim de que seja preservada a família e as relações pessoais.

Somente depois de verificada a total impossibilidade de manutenção da união ou do casamento, após a apuração da existência da traição é que se deve passar a quantificação da indenização, e esta quantificação será feita pela aferição do dano causado à vítima, verificando-se a frustração causada, a natureza e a intensidade da humilhação, da tristeza e do constrangimento a que foi exposto o ofendido e, também, com o intuito de punir o traidor a fim de constrangê-lo a não cometer com seu futuro par o mesmo ato aéctico, torpe e desrespeitoso ato, que causa tanta dor e sofrimento àquele que lhe depositava confiança e intimidade. A quantificação da indenização deve servir também para propiciar ao traído uma razoável compensação.

A ferida aberta no mais íntimo da personalidade é o dano moral e Responsabilidade moral fica caracterizada quando a ofensa é à consciência individual, com olhar na personalidade humana. De acordo com a gravidade do dano moral, verifica-se uma extrapolação da esfera afetiva ou espiritual, causando traumas psíquicos. O que se busca na indenização por dano extrapatrimonial é uma compensação pela perturbação nos sentimentos. Não é o dinheiro em si, ou o pagamento, mas uma forma de amenizar o mal causado que não irá proporcionar felicidade, mas mecanismos materiais em sua tentativa¹⁶⁵.

Belmiro Pedro Welter¹⁶⁶ relatando que na norma posta pelo Estado ainda hoje há muito do Direito Canônico, mesmo após a promulgação da Constituição Federal e do Código Civil de 2002, tanto que, o autor relata que as questões de possibilidade ou impossibilidade da indenização por dano moral nas relações familiares, pode ser considerada uma influência do Direito

¹⁶⁵ SOUZA, Ionete Magalhães. Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina. Revista IOB. v. 11, n. 58, fev./mar. 2010.

¹⁶⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *A secularização do Direito de Família*. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 87.

Canônico, e ainda sobre o assunto enumera autores que defenderiam a hipótese favorável à indenização.¹⁶⁷

O casamento, mesmo quando considerado um contrato, apesar de ser um contrato do Direito de Família, com suas peculiaridades, não comporta execução compulsória específica, nem se sujeita a preceito cominatório para a declaração de vontade prometida, sendo assim, livres os contratantes, livres para consentir em matéria matrimonial, livres para se vincular, se manterem vinculados e para romperem o vínculo.¹⁶⁸

Em se tratando, por exemplo, de promessa de casamento, Luiz Felipe da Silva Haddad entende que o rompimento de um noivado ou de um namoro prolongado e sólido não comportariam indenização por dano moral, pois o casamento é um ato jurídico que não comporta começo de execução por qualquer forma de promessa. O compromisso de amor é arriscado por si mesmo, e sua ruptura infere-se de subjetivismo, *por vezes até de irracionalidade*. A censura, se houver, cabe ao campo da ética e da religião, deixando o Direito fora desse alcance.¹⁶⁹

Alguns pedidos à indenização por danos morais fogem da órbita do descumprimento do dever de fidelidade, e dão novas margens para a aplicação da Responsabilidade Civil no Direito de Família. Os pedidos variam desde o requerimento do marido por indenização a danos morais em face da esposa que simula gravidez para fins escusos, que lhe trouxe repercussão negativa, causando perturbação das relações psíquicas do ex-marido¹⁷⁰, até a uma

¹⁶⁷ Rolf Madaleno, Yussef Said Cahali, Carlos Alberto Bittar, Nicolau Eládio Bassalo Crispino, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, Cláudio Alexandre Sena Rei, Dias Aguiar, Mário Moacyr Porto, José de Castro Bigi, Luiz Felipe Haddad, entre outros citados pelo autor.

¹⁶⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 573.

¹⁶⁹ HADDAD, Luiz Felipe da Silva. *Reparação do dano moral no direito brasileiro*. Livro de Estudos Jurídicos, IEJ, 2/117, p. 189.

¹⁷⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível 272221-1/2, julgamento em 10 de outubro de 1996 da 6ª Câmara Cível. Ementa: A atitude da ré, sem dúvida alguma, constitui uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas

limitação pessoal que cada pessoa tem quanto à sua sexualidade, quando em função do respeito que deve prevalecer entre os cônjuges, observados os limites que devem ser observados na prestação do débito conjugal, determinado ato de um dos cônjuges pode ser considerado como ilícito, por exemplo, um marido que requer da esposa a prática de sexo anal, fazendo-a sentir assediada, atentada, ofendida, buscando o Poder Judiciário, para a solução do seu problema¹⁷¹.

Luiz Felipe da Silva Haddad enuncia que muitas são as raízes de onde a reparação por dano moral pode advir, e muitas vezes, na esfera jurídico-familiar aparecem hipóteses de reparação por dano moral de determinados atos ilícitos ou crimes que não estão diretamente ligados a ruptura do compromisso de afeto entre os cônjuges e sim em agressão à dignidade da pessoa. E o dever geral de Respeito à pessoa, e a pessoa dos cônjuges está previsto inclusive após a dissolução da sociedade afetiva¹⁷².

A dignidade da pessoa humana é tutelada nas relações familiares, e isso é necessário já que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula primeira da sociedade. A preservação da dignidade opera-se especialmente por meio da proteção aos direitos da personalidade, que têm como objeto os atributos físicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais,

relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos incs. V e X do artigo 5º da CF.

¹⁷¹ Ementa: O coito anal, embora inserido dentro da mecânica sexual, não integra o débito conjugal, porque este se destina à procriação. A mulher somente está sujeita à cópula vaginica e não a outras formas de satisfação sexual, que violentem sua integridade físicas e princípios morais. A mulher que acusou o marido de assédio sexual no sentido de que cedesse à prática da sodomia, e não demonstrou o alegado, reconhecidamente de difícil comprovação, assume os ônus da acusação que fez sem nada provar (data de julgamento: 07.03.1996, RJTJRS 176/763, 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.)

Ementa: O sadismo erótico do marido tornado sobremaneira difícil o relacionamento sexual dos cônjuges e, em consequência, insuportável a vida em comum, constatada essa anomalia pela mulher após o matrimônio, configura-se erro essencial quanto à identidade civil e social do outro cônjuge, autorizando a anulação das núpcias (Apelação 97.003247, 08.05.1997, Rep. IOB Jurisp. 3/13.453, 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.)

¹⁷² Ementa: Ato ilícito – Acusação injusta feita por mulher desquitada contra ex-marido. Acusando o marido, e provocando a abertura de investigação policial, que o envolveu, não se pode dizer que haja a ré procedido de boa-fé. Violou a ora ré o dever jurídico que a todos se impõe de não prejudicar os outros – *alterum non loedere* (15.12.1961, maioria, RT 327/443, 1ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo.)

compondo-se de valores inatos, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade e a honra (Constituição Federal, artigo 5º).

As relações entre um homem e uma mulher, que constituem uma família, e ainda as relações entre adultos do mesmo sexo com intuito de formação de família são repletas de aspectos, como os sentimentais, religiosos, pessoais e patrimoniais, envolvendo duas pessoas num projeto grandioso, com perspectiva de duração até a morte de um. Como se nota, nem sempre isso acontece, o sonho acaba, o amor termina, o rompimento é inevitável, e o que era para ser pra sempre se rompe no meu caminho, algumas vezes ainda nos primeiros passos.

O rompimento inevitável pode decorrer de ato ilícito, cabendo ao Direito, através do Poder Judiciário, oferecer instrumentos para reequilibrar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges, dentre os quais se destaca a aplicação dos princípios da Responsabilidade civil. Entre os atos ilícitos é possível citar qualquer dos descumprimentos dos deveres do casamento ou união estável, além de qualquer ofensa de um para com outro no que tange à dignidade e direitos da personalidade do inocente.

Regina Beatriz Tavares da Silva, dissertando sobre o direito obrigacional que envolve as relações afetivas, afirma que o texto que obriga uma pessoa a fazer ou não fazer alguma coisa tem, normalmente, caráter absoluto, ou seja, que condiciona o indivíduo a cumprir o designado e não o cumprindo verifica-se a possibilidade de apenação. É oponível por toda a vítima da inobservância desse texto. É oponível a todo o autor dessa violação. Toda a violação a dever matrimonial acarreta uma Responsabilidade entre os consortes.

Dentre os deveres recíprocos entre os cônjuges destaca-se a proteção e o respeito aos direitos da personalidade do outro, como a vida, a integridade física e psíquica, a honra (exemplo, reputação social), a liberdade de pensamento e sua expressão, de crença e de exercício profissional, que são

estabelecidos no artigo 1.566, incisos III e V do Código Civil e quando a ofensa a um desses deveres, que fere um direito, e acarreta dano, configura ato ilícito, conforme dispõe o artigo 186 do mesmo Código, regra geral da Responsabilidade civil, constante da parte geral desse Código e aplicável a todas as relações civis, incluindo aquelas de direito de família.

Várias são as hipóteses de indenização por danos morais por ofensa, por violação aos direitos do cônjuge ou companheiro, e inúmeros são os julgados acerca de tais discussões. Praticamente, como se verá, quase todos os Tribunais estaduais já julgaram demandas relativas a temática.

Inclusive o Superior Tribunal de Justiça reconheceu como válida a tese da reparação civil na separação judicial e condenou o marido no pagamento de indenização à esposa, proferido pela 3ª Turma, Relator Ministro Nilson Naves, Recurso Especial n. 37051¹⁷³, julgado em 17/04/2001, por que o marido submeteu a mulher a vexames e humilhações, tratando-a como um ser inferior que deveria a ele subordinar-se e praticando contra ela toda a espécie de maus tratos, da violência física à psicológica, sob o pretexto de serem estes os costumes de seu país de origem.

No julgado foram discutidas a falta de amor e de ocidentalização do marido, como se estas tivessem sido as causas do rompimento do casamento, concluiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que o cônjuge praticou injúria grave e violou o dever de Respeito aos direitos da personalidade da esposa, causando-lhe danos morais, o que vai muito além do simples desamor, sendo

¹⁷³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Relator: Nilson Naves. Recurso Especial 37051, data de julgamento 17/04/2001. Ementa: Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.

que, acima dos costumes porventura existentes em outro país, para os aqui domiciliados, está o ordenamento jurídico brasileiro.

Verdade é que, para a aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil quando há fim de relacionamentos amorosos, no caso exclusivamente, o casamento, é necessário, segundo a legislação pátria, o procedimento de separação judicial culposa, haja vista ser nesse procedimento que ficará demonstrado a culpa do cônjuge e consequentemente, caso haja, pedido reparatório, a posterior condenação (Código Civil, artigo 1.572, caput). Nesse caso, demonstrada a culpa e dessa demonstração resultar condenação em reparação civil por descumprimento do dever de fidelidade, por exemplo, verifica-se que tal se deu não por falta de amor, mas sim porque o culpado não observou os deveres que decorrem de se estar casado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na 6ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 272.221-1/2¹⁷⁴, Relator Testa Marchi, traz à lume um caso de análise judicial de aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil no casamento. Nesse caso, marido e mulher eram médicos e, após alguns anos de casamento, começaram os conflitos conjugais.

No caso em tela, a mulher que estava grávida, requereu do Judiciário o distanciamento do marido, sendo que este foi retirado do domicílio conjugal, alegava a mulher que desejava preservar a saúde do filho que levava no ventre. Para a proteção do nascituro, o juízo determinou a saída forçada do marido do domicílio conjugal. No entanto, como a mulher nunca passou pelo parto, mesmo já tendo transcorrido os normais 9 (nove) meses de gestação, verificou-se a simulação de gravidez pela esposa, usada para fins escusos, ou seja, para obter, sob falso pretexto, a expulsão do marido do domicílio conjugal.

O cônjuge varão promoveu ação de indenização por danos morais, em razão da ofensa à sua dignidade, do agravo moral sofrido, com perturbação em suas emoções, em sua tranquilidade, de modo a alcançar os direitos da

¹⁷⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 272.221.1/2, 6ª Câmara de Direito Privado. DJ: 10/10/1996. Relator: Testa Marchi.

personalidade resguardados pelo artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

No acórdão ficou estabelecido que dano moral é *todo sofrimento humano resultante de lesão a direitos da personalidade*, sendo que no caso o marido foi atingido em sua honra subjetiva (autoestima) e objetiva (reputação social). Vê-se em resumo que o marido foi injustamente, retirado de seu domicílio por ordem judicial por conta das brigas e discussões com sua esposa que poderiam prejudicar a gestação da mesma, gestação essa que nunca ocorreu. Como alegação de defesa na ação promovida pelo marido, para reparar-lhe o dano moral sofrido, a mulher alegou passar por estado de gravidez psicológica, embora o argumento não tenha sido aceito pelo Judiciário, principalmente porque, ela era médica.

A mulher foi condenada ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos, observando-se o dano, a repercussão negativa dos fatos e seus reflexos no lesado, assim como a capacidade econômica da esposa, na tentativa de compensar à pessoa do lesado, aliviando sua dor, e desestímulo à lesante quanto à prática de novas ofensas.

No que se refere à união estável, o Tribunal do Rio Grande do Sul, em caso similar, por meio da 2ª Câmara de Férias, acolheu a tese reparatória no rompimento de união familiar, em julgado relatado pelo Desembargador Orlando Heemann Júnior, proferido na Apelação Cível nº 599040367¹⁷⁵, no caso da união estável, os deveres recíprocos que foram observados no caso, são a proteção e o respeito aos direitos da personalidade do consorte, como a honra (autoestima e reputação social), que são estabelecidos pelo Código Civil, no artigo 1.566, incisos III e V, quanto ao casamento, e no e artigo 1.724, no que se refere à união estável.

¹⁷⁵ TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 599040367. Relator: Orlando Heemann Júnior. Ementa: Indenização por danos materiais e morais em virtude de liminar de separação de corpos, a qual afastou o requerente do lar em que vivia com sua companheira (autora da cautelar). Alegações da autora da cautelar não comprovadas. Não comprovação dos danos materiais. Danos morais fixados em 'quantum' adequado às peculiaridades do caso.

O dever de fidelidade, oriundo do casamento, na união estável é chamado de dever de lealdade. A infidelidade, a deslealdade é uma forma de desrespeito aos direitos da personalidade do consorte, especificamente à honra subjetiva ou autoestima, mas o dever de fidelidade tem um conceito próprio, vedando aos cônjuges e aos companheiros a prática de relações sexuais e de outros atos que tenham em vista a satisfação do instinto sexual com terceira pessoa¹⁷⁶.

A grande questão invocada no tema em deslinde é se a falta de amor é capaz de fazer nascer o dever de reparar, por exemplo, a falta de amor entre os cônjuges e conviventes e/ou a falta de afeto dos pais para com os filhos. Percebe-se que a traição no casamento e na união estável, costumeiramente, tem origem no desamor, na perda de afeto. Não há dúvidas que o fim do afeto da pessoa amada traz dor, tristeza, angústia, depressão e outros sentimentos negativos.

E o que também é notório, é que, com a falta de afeto, com o fim do amor, aquele que deixa de amar pode descumprir um dos deveres do casamento ou da união estável. Assim, pela falta do amor, há a infidelidade, pela falta do amor, há a falta de respeito, pela falta do amor, há o abandono e é nessas consequências da falta do amor onde o dano moral encontra guarida. É o dano moral a expressão utilizada nos meios jurídicos para qualificar estas sensações desagradáveis.

O direito à indenização condiciona-se ao preenchimento dos pressupostos da Responsabilidade Civil, ou seja, ação ou omissão que viola direito de outrem, nexos causal e dano, seja moral ou material. E é com a verificação destes três requisitos que nasce o direito à indenização. É necessária a existência de ato ilícito, isto é, de descumprimento doloso ou culposos de dever legal ou contratual, que viola direito de outrem, acarretando dano moral ou material.

¹⁷⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71.

Regina Beatriz Tavares da Silva¹⁷⁷ exemplifica, narrando que, quando uma pessoa casada deixa de amar a outra, não pratica qualquer ato ilícito, porque não há o dever de amar o consorte. Se não há este dever, inexiste o direito de ser amado e, portanto, não pode existir ato ilícito. No entanto, o dever/direito de fidelidade, como antes referido, é imposto por lei aos cônjuges e aos companheiros. Assim, se há descumprimento do dever de fidelidade por parte de uma pessoa casada ou que viva em união estável, decorrendo dano, que na maioria das vezes será de ordem moral, pelo sofrimento que a traição causa, haverá o preenchimento dos pressupostos da Responsabilidade Civil e, por conseguinte, o direito à indenização do consorte ofendido, traído na relação conjugal ou de união estável, que tem caráter monogâmico em nosso sistema social e jurídico.

No Brasil, não existe lei específica sobre os princípios da Responsabilidade Civil nas relações familiares, a regra geral sobre a reparação civil de danos, constante do artigo 186 do Código Civil, inserida na Parte Geral deste Código, aplica-se a todas as Partes Especiais do mesmo Código, dentre as quais se encontra o Livro do Direito de Família.

Antes da Constituição Federal a jurisprudência assumiu de forma tímida, em algumas poucas hipóteses, o direito de indenização do dano material decorrente de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sendo esse o primeiro passo para chegar-se à indenização no Direito de Família¹⁷⁸.

Relevante foi o papel da jurisprudência de outros países, como a França, que consagrou o direito à indenização no campo do Direito de Família ainda na década de 30, antes do Código Civil de 1941. O mesmo ocorreu em Portugal no final da década de 80, por uma lei de 1989. Na América do Sul, a

¹⁷⁷ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 73.

¹⁷⁸ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Palestra proferida em Manaus, no Seminário “A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA”, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

Argentina e o Uruguai apresentam-se como países de vanguarda no específico tema, vindo do primeiro grande número de precedentes, consagrando a tese jurídica em apreciação.¹⁷⁹

O Recurso Especial 251.689/RJ¹⁸⁰ é prova de quem em nosso ordenamento admite-se a concessão de indenização à mulher que sofre prejuízo com o descumprimento da promessa de casamento (artigo 1548, III, do CC), verificado inclusive, no capítulo dois. Obviamente que, não apenas a mulher, mas caso o homem também tenha sofrido prejuízos morais com o fim do noivado poderá requerer junto ao Poder Judiciário uma indenização, mas verifica-se que dos casos, todos foram promovidos por mulheres.

Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. É oportuno salientar que a possibilidade de Responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes¹⁸¹.

¹⁷⁹ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Palestra proferida em Manaus, no Seminário “A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA”, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

¹⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 251.689. Relator Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgamento em 29 de agosto de 2000. Ementa: DOTE. União estável. Meação. O nosso ordenamento ainda admite a concessão de indenização à mulher que sofre prejuízo com o descumprimento da promessa de casamento. Artigo 1.548, III, do CCivil. Falta dos pressupostos de fato para o reconhecimento do direito ao dote e à partilha de bens. Recurso não conhecido. Data da Publicação/Fonte DJ 30/10/2000, p. 162.

¹⁸¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70027032440 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ROMPIMENTO DE NOIVADO INJUSTIFICADO E PRÓXIMO A DATA DO CASAMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANOS MATERIAIS. 1.Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos materiais e morais suportados em virtude do rompimento injustificado do noivado pelo nubente varão poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento. 2.Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. No que se refere à promessa de casamento tenho que esta deve ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos. 3.Oportuno salientar que a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes. O casamento deve ser contraído mediante a manifestação livre e espontânea da vontade dos noivos de se unirem formalmente. Inteligência do artigo 1.514 do CC. 4.Impende destacar que a ruptura de noivado por si só não determina a Responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento. 5.A prova produzida no feito atesta que a ruptura do noivado se deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do “chá de panelas” da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por

Julgado do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 37051/SP¹⁸², sendo relator o Ministro Nilson Naves, que examinava a situação de um casal de libaneses, casados no país de origem, mas residentes no Brasil. A mulher, por longos anos, foi submetida a maus tratos, inclusive com violência física, tendo sido reduzida à situação de escrava, vivendo em cárcere

esta suportados. 6.Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram. 7.Prova testemunhal que foi uníssona em afirmar que a demandante ficou muito abalada e triste com o fim do relacionamento. 8.Ainda, não é difícil depreender a repercussão que tais fatos tiveram na pequena cidade de Tapes/RS. Frise-se que os constrangimentos pelos quais a noiva passou ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos. 9.Aliás, mostra-se imprudente a conduta adotada pelo réu, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido e do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data aprazada para a celebração. 10. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta abusiva do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 11. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. 12.Quanto aos danos materiais, o demandado deverá ressarcir tão-somente os gastos efetivamente comprovados pela autora pelos recibos das fls. 15/18 do presente feito. 13.No que concerne à quantia de R\$ 400,00, que a demandante alega ter fornecido ao autor para a compra de materiais para a construção de uma peça de alvenaria para a moradia do casal, não veio aos autos qualquer prova sobre a entrega do referido montante, ônus que se impunha à demandante e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o artigo 333, I, do CPC. 14.Por fim, quanto ao empréstimo realizado, da mesma forma, não há comprovação de que a integralidade dos valores foi utilizada nos preparativos da festa de casamento, sendo descabida a pretensão da apelante a este respeito. Dado parcial provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70027032440, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 21/01/2009). Assunto: Direito Privado. Indenização. Dano moral. Dano material. Quantum. Fatores que influenciam. Noivado. Rompimento próximo data casamento. Chá-de-panelas. Abalo emocional. Fator surpresa. Constrangimento. Cidade do interior. Revista de Jurisprudência: RJTJRS-275/255Data de Julgamento: 21/01/2009

¹⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 37051/SP. 3ª Turma, Relator Nilson Naves, julgamento em 17 de abril de 2001. Ementa: Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.

privado. Ao ser proposta a separação judicial foi o pleito cumulado com o pedido de indenização por dano moral.

O juiz de primeiro grau reconheceu o direito à indenização, mas o Tribunal de Justiça reformou a sentença, ao argumento de que o temperamento oriental do cônjuge varão, diante do natural machismo próprio da sua cultura, herdado de seus ancestrais, afastava a hipótese de dano moral, por ausência de culpa.

O Superior Tribunal de Justiça reverteu o julgamento ao afirmar que o sistema jurídico brasileiro admitia na separação e no divórcio, a indenização por dano moral, sendo juridicamente possível o pedido formulado contra o cônjuge responsável exclusivo pela separação e, diante do seu comportamento injurioso, reconheceu-se incidir na espécie o disposto no artigo 159 do Código Civil antecedente, para admitir a obrigação de serem ressarcidos os danos morais.

No julgamento, o Ministro Waldemar Zveiter, ao pronunciar o seu voto, deixou consignado que os valores orientais não podem servir de dispensa para a prática de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico brasileiro. A observação do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito é no sentido de que se existe um comportamento injurioso diante da lei brasileira, causando a ruptura do casamento, diante das atitudes dominadoras do marido que provocam a instabilidade psíquica da mulher, a indenização é cabível.

Embora não sejam muitos os precedentes jurisprudenciais consagrando a tese da indenização no Direito de Família, tradicionalmente fundamentado no afeto e nos laços parentais, sem se dar valor econômico às relações de família, percebe-se uma sutil mudança nos últimos tempos. Percebe-se que o patrimônio moral começa a ter valor materializado em espécie e, como tal, tem a jurisprudência de, seguindo os passos da doutrina, forçar o legislador a positivar na legislação o conteúdo desse direito¹⁸³.

¹⁸³ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Palestra proferida em Manaus, no Seminário A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE

De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva¹⁸⁴, na Argentina as regras gerais sobre a Responsabilidade civil também se aplicam às relações de família e as codificações civis da França e de Portugal contêm normas legais expressas sobre a reparação de danos na dissolução do casamento, nos Estados Unidos da América, em vários estados, como o Alaska, Hawaii, Illinois, Mississippi, Missouri, New Mexico, North Carolina, South Carolina e Utah -, também existe lei específica sobre este tema. Seja pela aplicação da regra geral da Responsabilidade civil, seja pela existência de regra explícita sobre a reparação civil de danos nas relações de família, o cônjuge e o companheiro infiel podem ser condenados a reparar os danos acarretados ao consorte.

Sérgio Gischkow Pereira adota posição veementemente contrária à aplicação da condenação em danos morais nos casos de separações. Entende que é um exagero teórico e jurisprudencial, pois praticamente toda separação judicial ensejaria pedido cumulado de perdas e danos morais, acarretando dessa maneira, a monetarização das relações eróticas-afetivas, utiliza inclusive a expressão: *deplorável e perniciosa monetarização*¹⁸⁵.

Ana Lúcia Fusaro é a favor da tese da responsabilidade civil por danos morais decorrentes da infringência dos deveres matrimoniais, como uma forma eficaz de se remodelar o conceito de família, mesmo observando as alterações ocorridas. Seria uma tentativa, inclusive, de exaltar o instituto do casamento e em equiparação da união estável¹⁸⁶.

São elencados por Ana Lúcia Fusaro¹⁸⁷ uma série de exemplos de rompimentos que ultrapassam a natural perturbação do fim de um casamento

CONTEMPORÂNEA", dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

¹⁸⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade Civil no rompimento do casamento III: infidelidade*. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br>>. Acesso em: 19 de junho de 2012.

¹⁸⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Adulterio virtual, infidelidade virtual*. In: A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG, Del Rey, 2000, p. 451.

¹⁸⁶ FUSARO, Ana Lúcia. *Novos Contornos da Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Consulex, informativo jurídico. Ano XIX, n. 51, 26 de dezembro de 2005.

¹⁸⁷ FUSARO, Ana Lúcia. *Novos Contornos da Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Consulex, informativo jurídico. Ano XIX, n. 51, 26 de dezembro de 2005.

ou união estável que podem configurar dano moral ao cônjuge ou companheiro lesionado. Assim, cita o atentado contra a vida, a integridade física, o patrimônio do outro, a difamação pela imprensa, os constrangimentos públicos movidos por vingança (imputação de homossexualidade, negação de paternidade dos filhos concebidos na constância da relação, etc.), as ofensas à honra, o adultério, divulgação pública de dados ofensivos à vida privada do casal (impotência, frigidez ou preferências sexuais, por exemplo).

É importante frisar que como não há possibilidade de buscar no Poder Judiciário o cumprimento dos deveres relativos ao matrimônio, servindo o descumprimento apenas para o pedido de separação, caso haja dano gerado por qualquer descumprimento de um daqueles deveres, imperiosa é a responsabilização de seu causador, como admoestação a sua conduta e também como forma de reparação dos prejuízos suportados pelo cônjuge prejudicado¹⁸⁸.

O Direito Civil que na nova moldagem desde a Constituição Federal frisou seus fundamentos na pessoa e não exatamente, como antes, no patrimônio, nos dizeres de Sérgio Gischkow Pereira¹⁸⁹, infelizmente, no caso de entendimento pela aplicação do dano moral entre cônjuges, inseria-se em excessos de repatrimonialização do Direito de Família, conduta retrógrada para o autor.

O que se busca com a indenização por danos morais, não é na verdade, voltar ao enaltecimento do patrimônio no Direito Civil e sim, como diz Ênio Santarelli Zuliani, é permitir que a vítima do dano moral conjugal indenizada, usufrua do dinheiro empregando-o no consumo terapêutico das agruras da ilegalidade do outro cônjuge¹⁹⁰.

¹⁸⁸ FUSARO, Ana Lúcia. *Novos Contornos da Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Consulex, informativo jurídico. Ano XIX, n. 51, 26 de dezembro de 2005.

¹⁸⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86.

¹⁹⁰ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Direito de família e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. Ano XXXI, junho de 2011, n. 122, p. 31.

3.2 Proteção aos direitos da personalidade do cônjuge

A reparação de danos causados aos direitos da personalidade percorreu caminhos densos, muitas vezes tímidos pela jurisprudência, mas o tema acabou sendo impulsionado pela doutrina até positivar-se no Código Civil, ao acolhimento do dano moral, definido na Constituição Federal. Nesse atual sistema jurídico brasileiro, o foco da discussão é dar maior atenção ao *ser* do que ao *ter*, verificando que as relações não patrimoniais ganharam destaque na análise jurídica.

No campo do Direito de Família a doutrina não poupa avanços, mas a jurisprudência ainda resiste à aceitação, sendo poucos os julgados a consagrarem a temática, ficando o legislador inteiramente silencioso, seja na Constituição Federal seja no Código Civil, inexistindo definição da matéria sob o aspecto do Direito positivo. Afinal, o campo do Direito de Família é repleto de conceitos e preconceitos firmados nos laços de afeto, difíceis de serem trabalhados sob um enfoque econômico¹⁹¹.

A Constituição Federal contemplou a possibilidade de reparação aos danos causados aos direitos de personalidade, a partir do princípio contido nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem, bem assim ao dano material ou moral por violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Em 1988, a Constituição Federal adotou o princípio da igualdade, e com isso, houve ou há uma luta pelo Respeito aos direitos inerentes a cada pessoa, tais como a honra, a intimidade, a reputação, enfim, aos chamados direitos da personalidade, mesmo que seja necessário, a fim de tornar o ser humano mais ético, punir todo e qualquer desrespeito a esses direitos, não

¹⁹¹ ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Palestra proferida em Manaus, no Seminário “A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA”, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

somente com a aplicação, no que for concebível, da pena pública, mas também, com a ideia recuperada da pena privada, representada pela Responsabilidade Civil. A fim de proteger os direitos inerentes ao próprio homem, é que o constituinte, na elaboração da Constituição Federal, explicitou sobre os direitos fundamentais mencionados implícita ou explicitamente ao longo de toda a Constituição Federal.

Ressalvou, no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, acerca da não exclusão de outros direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição Federal adotados, bem como de tratados internacionais em que o país seja parte, demonstrando-se dessa forma que o rol é exemplificativo.

Dentre os direitos protegidos ligados à personalidade, ressalta-se quanto aos mais pertinentes ao tema, consagrados no artigo 229 da Constituição Federal, o direito à vida, à dignidade humana, à alimentação, à saúde, à educação, à convivência familiar, dentre outros princípios, cujos preceitos dispostos na Constituição Federal, são aplicáveis ao tema proposto.

Nos direitos da personalidade estão compreendidos os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, chamados de direitos absolutos, desprovidos, faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos, tais como, o direito à vida, à integridade física, ao nome, entre tantos outros.

A proteção dos direitos da personalidade configura-se no real fundamento do Estado Democrático de Direito, pois são esses direitos que dão projeção social ao ser humano e, para começar essa tutela, nada mais certo do que proteger tais direitos ainda dentro das relações familiares onde deve imperar o Respeito entre seus membros, para que de lá saiam seres humanos dotados de conteúdo ético e moral.

Resultado de associações afins, a família, de forma genérica, representa o clã social, mais do que isso, é o lugar onde verdadeiramente as pessoas se unem a fim de compartilhar alegrias e percalços, na busca da felicidade e do progresso. A família tem suas próprias leis, que consubstanciam

as regras de bom comportamento dentro do impositivo do Respeito ético, recíproco entre os seus membros, favorável à perfeita harmonia que deve vigor sob o mesmo teto em que agasalham os que se consorciam.

A família deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução onde sempre esteve instalada a superioridade masculina. Passou a ser o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito. É o local onde o indivíduo espera encontrar maior segurança, seu local de paz.

Desde 1988, passou-se a valorizar sobremaneira a dignidade da pessoa humana e isto teve influência direta no Direito de Família, a igualdade entre homem e mulher ganhou um contorno profundo e, também, é reconhecida a união extramatrimonial como forma de família. Com a chegada do Código Civil em 2002, toma ainda mais vigor esta nova concepção de entidade familiar e cada vez mais se busca preservar as relações afetivas, impondo a lei direitos e deveres a serem seguidos pelos partícipes desta relação, com o objetivo de tornar a família um verdadeiro lugar de afeto e respeito.

Elisabete Aloia Amaro¹⁹² destaca que a Constituição Federal privilegia o afeto, o sentimento, elegendo a pessoa, na sua dimensão humana, como centro da tutela do ordenamento jurídico. Nisso, incorpora-se ao estudo no Direito Civil, com igual ou maior importância, as relações jurídicas não patrimoniais, abandonando o caráter privado e patrimonialista de outrora, focando na dignidade da pessoa humana, como membro inerente da família e da sociedade.

É, principalmente, o respeito que se deve preservar a todo o custo nas relações afetivas. Quando duas pessoas se unem e, reciprocamente, se dão em amor, carinho e companheirismo, devem, antes de mais nada, ter para com seu par respeito e consideração. Foi por isso que o legislador, respaldado pelo artigo 226, § 5º da Constituição Federal, inseriu nos arts. 1.566 e 1.724 do Código Civil, os deveres atinentes aos cônjuges e aos companheiros, dentre os

¹⁹² AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade Civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158.

quais, superado o lapso em distinguir tais relações, estão o dever de fidelidade (artigo 1.566, I), respeito e considerações mútuos (arts. 1.566, V e 1.724) e lealdade (artigo 1.724).

Os deveres de fidelidade e de lealdade concretizam tanto o princípio da boa fé objetiva, como o da proibição de comportamento contraditório, que compõem a tutela da confiança. Exige-se nas relações familiares principalmente, a imposição da uma atuação refletida¹⁹³, um agir pensando no outro, uma postura de lealdade, sem abuso. Este conceito, ainda que construído no campo obrigacional, não é diferente das expectativas que permeiam os vínculos afetivos. Mas de nada adianta a imposição de deveres sem a previsão de alguma sequência no caso de inadimplemento.

Maria Berenice Dias entende que uma das formas de se zelar pelos direitos da personalidade dos cônjuges é a jurisprudência desprezar a necessidade de busca de um culpado pelo fim do casamento, pois dessa forma estaria respeitando os princípios da privacidade e da intimidade, tão verificados quando a temática é relações familiares¹⁹⁴.

A tutela da confiança e da lealdade não estão expressas nem na carta constitucional e nem a lei civil, mas nem por isso se pode reconhecer que não integram o sistema jurídico, Maria Berenice Dias assim entende e vê que o principal ramo onde a tutela da confiança deve ser encontrada é no Direito de Família¹⁹⁵. Preservando os deveres da confiança e da lealdade, do Respeito e proteção nas relações familiares estará se preservando os direitos da personalidade, tão violados nos rompimentos matrimoniais, por inúmeras

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Os princípios da lealdade e da confiança na família*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 24 de abril de 2012.

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Os princípios da lealdade e da confiança na família*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 24 de abril de 2012.

¹⁹⁵ Já há doutrina consolidada no país que foi recolher na legislação estrangeira e na lição dos juristas alienígenas os subsídios para uma nova leitura das expectativas geradas pelo jeito de agir. Descortina-se um novo horizonte do qual não podem ser alijadas as relações familiares. Aliás, não há campo onde a lealdade tenha relevo maior. Cada vez mais cresce o significado da Responsabilidade civil e a proteção da expectativa gerada a partir do comportamento inicial. Ainda que no âmbito contratual se busque o adimplemento da vontade manifestada e, nas relações afetivas, a esperança esteja vinculada a sentimentos, nem por isso se pode afastar a tutela da lealdade e da confiança. Como as relações domésticas têm origem no comprometimento mútuo, de forma muito mais acentuada são baseadas no princípio da boa fé. Afinal, o afeto é uma realidade digna de tutela, sendo pautado pela lealdade e confiança, diretrizes que devem reger as relações de quaisquer natureza.

situações. As agressões físicas, as ofensas morais, o atentado à vida do cônjuge, inclusive por meio de contaminação de doença grave e letal, como a AIDS, o abandono moral e material do consorte, são apenas alguns exemplos de tantas outras práticas ofensivas e lesivas aos direitos da personalidade.

O respaldo constitucional do tema em pauta apresenta-se não só na cláusula geral de proteção à dignidade humana, bem como no artigo 5º, caput, inciso X e § 2º da Constituição Federal, que estabelece a inviolabilidade dos direitos da personalidade e o direito à indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação, e no artigo 226, § 8º da Constituição Federal, que prevê o dever do Estado de assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O cônjuge lesado, em obediência ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, merece a devida reparação pelos danos sofridos. Repugna não só ao Direito, mas à consciência humana, o dano injusto, de modo que *a teoria da reparação de danos ou da Responsabilidade civil encontra na natureza do homem a sua própria explicação*¹⁹⁶.

Eduardo Oliveira Leite salienta que é uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família, a possibilidade de penalização de um cônjuge pelo descumprimento de algum de seus deveres no seio familiar, marcando a evolução dos direitos da personalidade, ou seja, a aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil no Direito de Família¹⁹⁷.

3.3A dignidade da pessoa humana no casamento

¹⁹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 13 a 28.

¹⁹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141

A Constituição Federal instituiu em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do Estado Democrático de Direito, tornando-o valor jurídico social fundamental e atributo da pessoa humana individualmente considerada. Aparenta que a intenção do constituinte ao considerar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito foi elevar o indivíduo ao *status* de objetivo primeiro da ordem jurídica, devendo ser preservado de toda e qualquer degradação e desigualdade, quer de atos praticados pelo Poder Público, ou por outros particulares.

Daí sobrevém o direito que tem toda e qualquer pessoa de ser respeitada e ver protegida sua integridade física e emocional, principalmente dentro do seio da sociedade em que está inserida, mesmo porque, a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.

A preocupação com a pessoa humana no seu todo, manifestada através de transformações sociais, culturais, enfim em todos os aspectos, alterando os valores antes enaltecidos, demonstram que os valores existências ganham a cada dia mais espaço em detrimento aos valores materiais. No mundo jurídico, isso pode ser notado pelo processo de constitucionalização do direito privado, *tornando a pessoa humana o centro nuclear do Direito Civil* e por influência dessa nova realidade, verifica-se que os direitos da personalidade estão sendo mais reconhecidos e respeitados, principalmente dentro do ambiente familiar. A pessoa humana jamais terá reconhecida a sua dignidade social e profissional se não sair, assim valorizada, do seu ambiente familiar, isso na conjugalidade ou nas relações filiais¹⁹⁸.

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (artigo 1º, III, da CF), constitui um leque de interesses que, na

¹⁹⁸ OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. *As tutelas da personalidade e a Responsabilidade civil na jurisprudência do Direito de Família*. Revista dos Tribunais, ano 91, volume 803, setembro de 2002, p. 111 a 128.

visão de Judith Martins Costa¹⁹⁹, podem ser assim sintetizados: 1) interesse à vida privada, à intimidade, o direito de estar só, de estar consigo mesmo; 2) interesse à dor, aos afetos, aos sentimentos; 3) interesse à expectativa de vida e aos projetos existenciais; 4) interesse em torno de imagem social, à autoestima e à estética; 5) interesse à criações intelectuais e artísticas, em seus aspectos não patrimoniais; e 6) interesse à honra e ao nome.

Existe uma bipolaridade²⁰⁰ quando o tema é a Responsabilidade Civil no Direito de Família, por certo que dois valores constitucionais são aqui discutidos, sob um aspecto verifica-se o princípio da dignidade da pessoa humana e de outro lado o dever do Estado de proteger e preservar a família. Então, poderia haver uma dificuldade na aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil no Direito de Família por conta do Respeito à dignidade da pessoa humana, no sentido de que, caso um dos cônjuges descumpra um dos deveres do casamento, estaria apto a separar-se e/ou divorciar-se a qualquer momento, sem ser compelido a uma possível indenização. O outro campo se refere a verificar que quando se aplica os pressupostos da Responsabilidade Civil na área familiar estaria de algum modo evitando separações ou divórcios mantendo a família, ou seja, o Estado executando seu papel protetor.

De um lado, também, a dignidade da pessoa humana é frisada quando cada cidadão é protegido de agressões, caso em que é possível um indivíduo se conflitar com uma entidade familiar e, preservando a família, pode parecer dificultar a possibilidade de conflitos judiciais entre os cônjuges, reparação de ofensas e prejuízos.

A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana pelas Constituições do mundo civilizado cooperou para a extrapolação de consideração apenas dos danos patrimoniais e também, desde então, para os

¹⁹⁹ Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 408 e segs.

²⁰⁰ Expressão usada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, p. 359.

extrapatrimoniais.²⁰¹ Preservar a dignidade humana dos cônjuges significa não analisar pelo Poder Judiciário os restos de um consórcio amoroso, não levar à degradação pública de um dos parceiros.²⁰²

A sociedade ocidental idealiza o casamento permanente e estável, entendendo seu rompimento, de qualquer forma como uma exceção. As consequências dessa exceção, muitas vezes é trágica, e a ruptura atinge os cônjuges, os filhos, os parentes, os amigos, colegas de profissão, estilo de vida, posição socioeconômica, autoestima e significado de vida, podendo influir na dignidade de um dos cônjuges²⁰³.

Há quem posicione-se ao contrário, entendendo que a separação pode ser a única saída para a felicidade daquele casal, para a reestruturação da vida daqueles indivíduos, funcionando como solução, como liberdade, assim, buscando cada qual sua dignidade, ampliando o conceito da cláusula

²⁰¹ CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

²⁰² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70005834916 – Porto Alegre – 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, negaram provimento por v.u., j.2.4.2003. Ementa: AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PRÁTICA DE ADULTÉRIO. RECONHECIMENTO DA CULPA AFASTADA. IRRELEVÂNCIA PARA O DESLINDE DA DEMANDA. ALIMENTOS PARA EX-MULHER. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. PESSOA JOVEM, SAUDÁVEL E COM FORMAÇÃO SUPERIOR. PAGAMENTO ATÉ A PARTILHA DOS BENS. DANO MORAL. PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL DE CADA CÔNJUGE. EXCLUSÃO DA COMUNHÃO. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial, uma vez que a eventual infração cometida por um dos cônjuges decorre da natural deteriorização da relação conjugal. Os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio necessidade/possibilidade, isto é, de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Admite-se estabelecer o pagamento de pensão alimentícia à ex-mulher até a partilha de bens, que irá receber, por direito de meação, considerável patrimônio. A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos, não gerando dano moral indenizável à parte ofendida. Os honorários advocatícios percebidos pelo varão, fruto do seu trabalho pessoal, não compõem o acervo partilhável. Se tais rendimentos estão excluídos da comunhão no curso do casamento, com mais razão ainda após o término da sociedade conjugal. Inteligência do artigo 1.659, inc. VI, do Código Civil. Nas ações que também envolve partilha de bens, encerram conteúdo econômico, devendo a fixação dos honorários se dar com base no valor dos bens que compõem o acervo comum. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021640743, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 13/03/2008). Data de Julgamento: 13/03/2008 Publicação: Diário da Justiça do dia 19/03/2008.

²⁰³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127 a 167.

geral de proteção da personalidade humana. Não há dúvidas de que a pessoa tem direito de constituir e formar um núcleo familiar, também o rompendo, pois se lhe fosse imposto tal sacrifício, ou seja, de manter-se casado, estaria atentando contra à sua dignidade²⁰⁴.

Sabe-se que há possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, mas via de regra, tal pretensão pode encontrar óbice quando a culpa é retirada de discussão na ruptura. Se os motivos que poderiam se difundir em reparação moral aconteceram após a dissolução da união, como sobre o descumprimento do dever de fidelidade, não é mais possível a verificação do entendimento por reparação.²⁰⁵

José Carlos Teixeira Giorgis votando no acórdão da apelação cível n. 70005834916²⁰⁶ chega com uma posição particular que a discussão de culpa e reparação civil por dano moral não tem maiores objetivos do que uma satisfação pessoal e egoísta, de sentimento de inocentização do não culpado.

O princípio da dignidade da pessoa humana consiste na vedação à *coisificação do ser humano, é a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem*.²⁰⁷ Esse princípio coloca o homem como o centro das discussões e proteções, o centro do ordenamento jurídico e assim, do próprio Estado. É na família, ainda mais, que o homem, cada um dos integrantes da mesma deve se sentir como o centro da atenção do Estado e sociedade.

Ingo Wolfgang Sarlet destrincha o princípio da dignidade da pessoa humana dizendo que cada ser humano por suas qualidades distintas e intrínsecas é merecedor do mesmo Respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, e de outro lado, tendo a pessoa um complexo de

²⁰⁴ PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 220.

²⁰⁵ PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 220.

²⁰⁶ PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 220.

²⁰⁷ CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 354.

direitos e deveres fundamentais, ela precisa ser protegida de atos de cunho desumano e degradante, da mesma forma que precisa lhe ser garantida condições existenciais mínimas para uma vida saudável.²⁰⁸

O referido princípio toma para si o papel de realização desde o direito à vida, à liberdade, até chegar à realização plena, ao direito de ser feliz.²⁰⁹ Registra-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem importância especial no Direito de Família, inclusive alterando o conceito de família, incluindo entre elas, as famílias monoparentais, homoafetivas, anaparentais, ou seja, ampliando as definições de família, deixando de ser apenas um instituto do Direito Civil para ser um núcleo de afetividade.

Cumprе ressaltar que alijados à dignidade humana estão os chamados direitos de personalidade, entre eles, o direito à intimidade, à liberdade, à integridade física e psíquica, ao Respeito à vida privada, à honra, à imagem, ao nome, à identidade, entre outros, inclusive direito à afetividade.

Esse relacionamento afetivo, entre duas pessoas, consiste num casamento ou numa união estável e, firmado numa comunhão de vidas constituída espontaneamente, devendo, portanto, ser encarado com muita seriedade e respeito, pois nele estão inseridos os sentimentos mais profundos. Enquanto perdura essa relação, deve o par agir dentro de um padrão de conduta íntegra, velando pelo respeito e pela dignidade que esta relação merece, tanto que a legislação brasileira se encarregou de regulá-la, impondo deveres a serem seguidos.

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada em todas as relações e, neste contexto, insere-se as relações familiares, pois nestas relações é que mais deve ser acentuada a proteção dos direitos oriundos deste princípio, já que a família deve ser havida como centro de preservação da

²⁰⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

²⁰⁹ PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

Para a preservação da dignidade é indispensável a proteção aos direitos da personalidade, que têm como objeto os atributos físicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, compondo-se de valores inatos, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra, o nome.

Maria Berenice Dias acredita que a imposição da busca de um culpado em um rompimento amoroso, obriga alguns casais a permanecerem casados, o que afronta o Respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, à convivência familiar e o direito fundamental à afetividade²¹⁰.

Elisabete Aloia Amaro reflete que a dignidade da pessoa humana independe de merecimento pessoal ou social, pois todos, sem exceção, têm direito a tratamento digno. Não há necessidade de se fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida²¹¹. Logo, enquanto casados, aos cônjuges faz parte de sua dignidade serem respeitados uns pelos outros, mantendo-se a fidelidade recíproca até o fim do vínculo conjugal, mesmo que não haja amor.

Em respeito a dignidade da pessoa humana, também respeita-se a liberdade que alguém tem de desejar separar-se ou divorciar-se, ainda, pela dignidade da pessoa humana o desejo de constituir novo relacionamento, inclusive, novo casamento. Acontece que, enquanto casados, os cônjuges, primeiramente, devem respeitar os deveres oriundos do mesmo, por exemplo, sendo reciprocamente fiéis, pois enquanto há o casamento, a dignidade da pessoa humana do outro cônjuge deve ser mantida, pelo companheiro, pela sociedade e pelo Estado. Após o rompimento, infere-se que é respeito à dignidade da pessoa humana aceitar o novo relacionamento daquele que já foi casado e hoje se encontra separado ou divorciado.

²¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Divórcio e Dignidade Feminina. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 23 de maio de 2012.

²¹¹ AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade Civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158.

Cumprir o dever de fidelidade recíproca é não ofender a integridade psíquica do outro cônjuge. Para Elisabete Aloia Amaro, integridade psíquica consiste no dever de ninguém poder causar dano à psique de outrem²¹². Carlos Alberto Bittar interpreta que o direito à integridade psíquica manifesta-se pelo respeito, a todos imposto, de não afetar a estrutura psíquica de outrem, seja por ações diretas, seja indiretas, por exemplo, a capacidade que os atos de infidelidade tende a prejudicar a saúde psíquica do cônjuge traído.

Elisabete Aloia Amaro relata que para a doutrina italiana moderna (artigo 2.043 do Código Civil Italiano) o dano psíquico é uma patologia e, portanto, entra no âmbito do dano biológico, seja constituindo dano autônomo, seja consequência de uma patologia física. E enquanto dano psíquico verifica-se a possibilidade de reparação civil, pois como patologia, incorre em modificação do viver e da existência da pessoa traída.²¹³

Condutas infiéis também podem recair em desrespeito à integridade moral do cônjuge traído. Se integridade moral se refere a proteção da pessoa, concernente à sua honra, liberdade, recato, imagem e nome, as condutas infiéis podem violar, seja pela injúria e difamação, ou qualquer outro modo, pela palavra oral ou escrita, os elementos constitutivos da moral da pessoa humana, recaindo assim, em possibilidade de indenização por danos morais²¹⁴.

3.4O terceiro cúmplice

²¹² AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade Civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158.

²¹³ AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade Civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 164.

²¹⁴ AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade Civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 164.

A possibilidade de um terceiro adentrar em uma relação matrimonial é notoriamente verificada, desde os tempos mais remotos, viu-se e ouviu-se sobre os casos dos amantes, dos concubinos, entre outros sinônimos encontrados para substantivar ou (des)qualificar o terceiro que interfere em um casamento ou união estável. No estudo do Direito de Família houve sempre uma ocupação para o debate sobre a interferência do terceiro nas relações afetivo-amorosas, sob o enfoque do adultério, da violação dos deveres de fidelidade e respeito entre os cônjuges ou companheiros.²¹⁵

A doutrina do terceiro cúmplice é considerada como uma das derivações do enfraquecimento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*²¹⁶), percebendo-se assim, que seu nascimento não se deu no Direito de Família, mas no direito contratual e também direito administrativo, influenciando, inclusive, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em 2007²¹⁷.

Observa-se que o vínculo que une duas partes em uma obrigação dá direitos e deveres relativos a elas, significa do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, pois o liame é relativo a essas partes. A interferência de um terceiro, externo a essa relação, pode ser verificada em alguns casos, e gerar efeitos diretos e indiretos naquela relação obrigacional.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior elucida o debate sobre o terceiro cúmplice trazendo o direito comparado ao seu estudo e percebeu que na Inglaterra admite-se a Responsabilização aquiliana do terceiro que induz uma das partes do contrato ao seu descumprimento, sendo necessário que o terceiro conheça o contrato no qual interferiu e ainda, admite-se na Inglaterra a

²¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

²¹⁶ O ato concluído entre certas pessoas nem prejudica nem aproveita aos outros.

²¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

Responsabilização do terceiro que interfere no contrato alheio na medida que o impede de ser celebrado.²¹⁸

O Recurso Especial 1.122.547²¹⁹ oriundo de Minas Gerais trata especificamente da possível atribuição de condenação civil ao amante, ou seja, ao terceiro, que mesmo estando fora do casamento, pode com seus atos e condutas interferir na esfera matrimonial dos cônjuges, perquirindo a questão de que há ou não há Responsabilização civil do amante do cônjuge.

O conceito de ilicitude está enroscado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.²²⁰

O terceiro, cúmplice do cônjuge traidor, é estranho à relação jurídica existente entre marido e mulher, relação da qual se origina o dever de fidelidade. Tal relação jurídica só produz efeitos entre seus participantes e familiares, não beneficiando nem prejudicando terceiros. No caso de adultério, a dor moral experimentada por um dos cônjuges decorre da quebra de

²¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

²¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.122.547/MG. 4ª Turma, Relator Luis Felipe Salomão, julgamento em 10 de novembro de 2009. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no artigo 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o artigo 942, *caput* e § único, do CÓDIGO CIVIL (artigo 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido.

²²⁰ Parte do voto do ministro Luiz Felipe Salomão no Recurso Especial 1.122.547/MG.

confiança preexistente entre eles e não do ato praticado por terceiro, considerado em si mesmo, de quem nada se esperava.²²¹

Poder-se-ia dizer que havia solidariedade do terceiro com o cônjuge infiel, tendo em vista que o artigo 942, caput e parágrafo único do Código Civil admite a Responsabilização do coautor do ato ilícito. No caso do terceiro cúmplice do descumprimento do dever de fidelidade, o Recurso Especial 1.122.547/MG não admitiu essa interpretação, alegando que para a aplicação da responsabilização do coautor de ato ilícito é necessário que o mesmo tenha praticado um ilícito em si, e quando se observa a infidelidade conjugal é impossível requerer do terceiro um *não fazer*, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta que assim o determine, pois o dever de fidelidade não é imposto a terceiros e sim apenas aos cônjuges.

Felipe Raminelli Leonardi²²² comentando o Recurso Especial 1.122.547/MG verifica dois pontos fundamentais de discussão do acórdão. Primeiro que, como não há proibição ao comportamento do sujeito no sentido de interferir em situações de vínculos familiares em todos os sentidos, ou seja, qualquer união pautada pelo afeto, o comportamento do terceiro é permitido, mesmo que seja considerado imoral, mas juridicamente permitido, utilizada ainda a máxima, o que não é proibido é permitido. Um segundo fundamento é que os deveres conjugais dizem Respeito apenas as pessoas dos cônjuges, mesmo considerando o casamento como instituição ou como contrato.

O ponto central a ser analisado no Recurso Especial 1.122.547/MG na opinião de Felipe Raminelli Leonardi é o que trata da limitação do pensamento relacional. No próprio ramo do Direito Civil, denominado direito das obrigações, principalmente nos contratos, não há mais limitação de visualização da relação apenas entre credor e devedor, principalmente se

²²¹ Idem.

²²² LEONARDI, Felipe Raminelli. *Ensaio sobre Possíveis Opções Dogmáticas para Viabilidade de Pretensão Indenizatória do Cônjuge ou Convivente Traído em face de Amante: Breves Comentários ao Recurso Especial 1.122.547/MG*. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Síntese, v. 17, ago./set., 2010, p. 110.

observada Responsabilidade Civil objetiva e o estudo dos direitos difusos, que ampliaram os sujeitos das relações. Nesse aspecto, vê-se que a relação jurídica relacional é analisada pela ótica de sua função social, carregada do valor da solidariedade. Percebe-se que é precipitado o julgamento de que o amante é estranho à relação existente entre esposa e esposo. Contribuindo em potencial nos prejuízos à relação jurídica do marido e da esposa²²³.

Aspecto importante a ser analisado é o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal que traz a solidariedade como um dos valores ingressantes com a nova constituição. Da solidariedade significa entender que é pouco o atuar dos sujeitos dentro de espaço jurídico autorizado segundo seus próprios interesses. Há um reflexo de cada relação obrigacional ou mesmo afetiva em todo o resto.

A propriedade é respeitada por terceiros, os contratos são respeitados por terceiros, e, os terceiros que nesses institutos interferem podem sofrer sanções civis e quiçá penais, a violação a esses institutos implicam em incidência do artigo 186 do Código Civil. Fato é que o casamento é a principal modalidade de formação de família, além de todas as outras pautadas no afeto, devendo ser respeitado pelos sujeitos externos à relação conjugal. O dever geral de abstenção dos demais sujeitos estranhos ao casamento ou união estável deve ser reconhecido, não podendo estes praticar qualquer ato prejudicial no seu regular andamento, atitude esta que pode ser considerada ato ilícito.

A realidade do casamento é reconhecida e valorada pelo direito e pela sociedade, o amante com seu comportamento nega esse valor e reconhecimento, mesmo tendo o dever geral de abstenção relativo a qualquer conduta que possa intervir de forma prejudicial naquela relação. As indagações desse trabalho são no sentido de se querer saber se o cúmplice do adultério

²²³ LEONARDI, Felipe Raminelli. *Ensaio sobre Possíveis Opções Dogmáticas para Viabilidade de Pretensão Indenizatória do Cônjuge ou Convivente Traído em face de Amante: Breves Comentários ao Recurso Especial 1.122.547/MG*. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Síntese, v. 17, ago./set., 2010, p. 112.

poderia também ser condenado a pagar a indenização cabível ou se haveria por parte do amante a prática de ato ilícito.

O cúmplice de uma infidelidade viola direito de outrem, causando-lhe danos, de modo que pratica ato ilícito, ficando obrigado a repará-los, conforme a regra geral da Responsabilidade Civil do artigo 186 do Código Civil. A título de exemplo, demonstra-se que nos Estados Unidos da América o amante da esposa foi condenado a pagar indenização ao marido, fixada em US\$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil dólares). No caso, após 10 anos de casamento, com filhos comuns, a mulher abandonou o marido, para viver com um namorado que teve na época do curso colegial, o que trouxe a aplicação de lei sobre alienação de afeto (*alienation of affection*), existente em nove estados dos Estados Unidos. Segundo essa lei, se um dos cônjuges causa dor ao outro ou destruição da família deve responder por isso, com a indenização cabível, a qual alcança até mesmo o terceiro que é cúmplice do adultério.

Portanto, seja com base em normas gerais da Responsabilidade civil, seja com fundamento em regra específica, também o terceiro envolvido em relação ilícita com pessoa casada ou que viva em união estável, sujeita-se a ser condenado a pagar indenização ao consorte traído e lesado.

José Guilherme Braga Teixeira analisando o artigo 942, caput e parágrafo único do Código Civil chega a conclusão de que é certo que ato ilícito, resultante da pluralidade subjetiva ativa de agentes pode ocorrer, seja quando de autoria de duas ou mais pessoas, seja quando provenha da combinação do ato de um com o ato de outro agente, seja quando um seja o literal causador e o outro por não ter evitado as consequências, seja quando o terceiro colabora na consumação ou não preserva a vítima das consequências.²²⁴

²²⁴ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. Da solidariedade na obrigação de indenizar. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 302.

A intenção de fornecer ao lesado uma garantia mais ampla pela reparação do dano sofrido não é o único motivo direto que o Código Civil trouxe, além disso, o estabelecimento da solidariedade fundamenta-se nas relações que nascem do resultado idêntico do fato ilícito, da identidade do direito do lesado, impondo o mesmo ressarcimento por parte daqueles a quem seja atribuível o dano²²⁵

Felipe Raminelli Leonardi entende que como a Constituição Federal tem como um dos seus objetivos fundamentais da República brasileira a solidariedade, é possível que essa solidariedade seja expandida para as relações familiares, de forma ampla, tanto que esbarra nos sujeitos que se aproximar da relação jurídica familiar. O respeito à solidariedade é uma forma de se pensar na expansão do dever de fidelidade presente nas relações conjugais podendo incidir no patrimônio do amante em caso de reparação civil²²⁶.

A pretensão do marido traído, por exemplo, em face do amante de sua esposa, estaria autorizada sob o regime jurídico do contrato, havendo uma relação obrigacional entre marido e amante gerada pelo exercício abusivo de posição jurídica do amante, na medida em que o dever de fidelidade impõe aos demais um dever de abstenção, imputando ao amante um ônus por invadir a liberdade do casal²²⁷.

3.5 Indenizações nas dissoluções não culposas

A emenda constitucional n. 66 de 2010 alterou substancialmente a forma de dissolução do casamento, não se exigindo mais prazo para

²²⁵ Idem, citando Chironi, doutrina italiana, Colpa extracontrattuale, n. 453.

²²⁶ LEONARDI, Felipe Raminelli. *Ensaio sobre possíveis opções dogmáticas para viabilidade de pretensão indenizatória do cônjuge ou convivente traído em face do amante: breves comentários ao REsp 1.122.547/MG*. Revista de Direito de Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Síntese, v.17, ago/set 2010, p. 117.

²²⁷ LEONARDI, Felipe Raminelli. *Ensaio sobre possíveis opções dogmáticas para viabilidade de pretensão indenizatória do cônjuge ou convivente traído em face do amante: breves comentários ao REsp 1.122.547/MG*. Revista de Direito de Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Síntese, v. 17, ago/set 2010, p. 118.

separação judicial e também requisitos para a decretação do divórcio, na verdade, o instituto da separação judicial foi extinto. Desde então, a dissolução do casamento é feita somente através do divórcio, a qualquer momento.

O fim da separação judicial traz uma importante discussão jurídica que seria a não mais necessidade de discussão da culpa dos cônjuges pela falência dos casamentos, que traz resultados para o Direito de Família, obviamente, e também para o direito sucessório e também indenizatório.

Bianca Ferreira Papin²²⁸ diz que o Direito de Família perdeu sensivelmente seu caráter punitivo e repressor, isto é, tendo a culpa se esvaído do processo de rompimento do laço jurídico do casamento, o Direito de Família, na vigência da atual codificação civil, perdeu as consequências jurídicas que outrora gerava. Somados a isso, a indagações quanto à necessidade e finalidade da busca de um responsável pelo fim de um relacionamento e se há exatamente um culpado por este rompimento foram gradativamente crescendo.

Quando se está diante da separação judicial não culposa, percebe-se que foi a Lei do Divórcio (Lei n. 6515 de 1977) que a trouxe como inovação do Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002 dispôs sobre o tema no artigo 1.572, §§ 1º e 2º. Nessa hipótese de separação não há necessidade de demonstração de culpa de qualquer dos cônjuges, bastando demonstrar o lapso temporal de um ano de rompimento da vida em comum e a impossibilidade de conciliação, além das hipóteses previstas no § 2º do artigo supracitado, referentes à doença mental grave.

Quanto à separação não culposa por motivos de doença mental, alguns requisitos próprios do artigo 1.572 do Código Civil devem ser respeitados, tais como o da de que a doença mental seja grave, tenha se manifestado após o casamento, que seja impossível a continuação da vida em

²²⁸ PAPIN, Bianca Ferreira. *PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa*. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 59, abr./maio de 2010.

comum, que tenha decorrido o prazo de dois anos e que a enfermidade tenha sido reconhecida como incurável.

Outra forma de rompimento não culposo é o divórcio direto, também chamado de conversão da separação de fato em divórcio, quando os cônjuges já estivessem separados de fato há mais dois anos. O divórcio direto pode ocorrer de forma consensual e litigiosa, e como menciona Inácio de Carvalho Neto²²⁹, as formas de rompimento conjugal consensuais não dão margem a indenização entre os cônjuges.

Na separação não culposa, obviamente, não se cogita em ato culposo, seja conduta desonrosa ou qualquer outro ato que viole os direitos do casamento. Inácio de Carvalho Neto afirma que esta separação é baseada em fatos objetivos e não subjetivos²³⁰. Para se entender pela possibilidade de indenização em separações não culposas é necessário verificar a diferença entre os danos derivados dos atos culposos e os danos derivados do rompimento da relação conjugal.

É nessa última hipótese, ou seja, dos danos originados do próprio rompimento da relação conjugal, é que pode-se observar a possibilidade de reparação civil. Nesse caso, a responsabilização civil se dará pela observância do artigo 186 do Código Civil, onde é necessário se verificar a prática de um ato ilícito no rompimento.

Inácio de Carvalho Neto confessa achar estranho que numa separação sem a necessidade de encontrar um culpado possa verificar a prática de um ato ilícito, mas recorda que, interpretando os artigos que tratam da separação judicial, ou seja, artigo 26 e artigo 17, §1º da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 1977), e também por interpretação, o artigo 1.572, §3º do Código Civil é possível entender por essa possibilidade, pois mesmo sem a consideração pela culpa há a possibilidade de algumas penalizações.

²²⁹ CARVALHO NETO, Inácio. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 331.

²³⁰ CARVALHO NETO, Inácio. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 344.

O fato objetivo, acima citado, é o próprio pedido de separação por aquele cônjuge que seria o culpado caso tivesse sido o inocente que tivesse requerido a separação, mas como não o foi, a separação é considerada não culposa. No entanto, o fato de ser a separação não culposa não exclui a possibilidade de indenização.

O artigo 1.572, § 2º relata um exemplo vez que possibilita a separação quando um dos cônjuges se encontra mentalmente doente e impossibilitado de cura. Nessa hipótese, verifica-se um dos descumprimentos do dever do casamento, ao dever de mútua assistência, essa, sendo material e imaterial. A legislação protegendo o cônjuge sadio permite-lhe a saída do casamento licitamente, para a continuação de sua vida, mas é possível observar a possibilidade de indenização nesse caso, por ferir um dos deveres do casamento²³¹.

Outro ponto é entender que mesmo o pedido de separação feito seja não culposos, poderá ter havido ato culposos que fundamentou o rompimento do casal. Inácio de Carvalho Neto²³² cita o exemplo da mulher que sofre sevícias do marido e em consequência se torna doente mental, ela, por óbvio, representada, poderia promover o pedido de separação culposa contra o marido, mas não o faz. O marido passado os dois anos necessários, promove a separação não culposa contra sua esposa. Nota-se que não há impedimento de indenização em separação não culposa por atos culposos, que não foram discutidos no processo de separação mas serão discutidos na ação de reparação civil.

Rolf Madaleno²³³ se posiciona contrariamente ao argumento de Inácio de Carvalho, quando enuncia que o aguardo do prazo afasta a possibilidade de pedido de indenização do cônjuge inocente. Para ele a inércia temporal faz com que a ofensa esfrie a gravidade da infração conjugal.

²³¹ CARVALHO NETO, Inácio. *Responsabilidade no Direito de Família*. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 345.

CARVALHO NETO, Inácio. *Responsabilidade no Direito de Família*. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 346.

²³³ MADALENO, Rolf. *Divórcio e dano moral*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, jul./set. 1999, v. 2, p. 65.

Entende Rolf Madaleno que quando se permite deixar o tempo passar, o rompimento se dá por falência da relação, mostrando que extinguiram a afinidade e a comunidade espiritual de vida, e que ainda, poderia se levantar a tese do perdão, amparado inclusive por jurisprudência²³⁴.

3.6 O perdão como causa extintiva da obrigação de indenizar

No *direito das obrigações*, a remissão é uma forma de extinção da obrigação pela qual o credor *perdoa* a dívida do devedor, não pretendendo mais exigi-la. No Código Civil de 1916, no que tange ao Direito de Família, o artigo 319 estabelecia que o adultério deixava de ser motivo para o desquite se o cônjuge inocente perdoasse o adúltero. Em seu parágrafo único, mencionava que havia presunção de perdão do adultério quando o cônjuge inocente, conhecendo do adultério, continuasse a coabitar com o culpado.

Em uma ação de desquite, atual divórcio, o réu, ou seja, o cônjuge acusado do adultério, provando o perdão não poderia ter contra si a decretação do rompimento. E a presunção do perdão, até então aceita, perdeu sua força com a revogação do artigo 319 do Código Civil de 1916, quando da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 1977).

João de Matos Antunes Varella é contra o entendimento de que o simples fato da revogação do artigo 319 enseja que não é mais cabível a

²³⁴ Ementa: Se assim não se entender, se reconhecido o direito à indenização de danos morais, nos termos em que foi postulada, o que se admite apenas por amor ao debate e para não ser acusado de dele ter fugido, tem-se que, ainda assim, no caso, não haveria como ou por que dela se cogitar. Porque esse tipo de ressarcimento, mesmo nos países que o admitem expressamente, só pode ser deferido ao cônjuge inocente, como acentua o Catedrático de Direito Civil de Coimbra, o festejado Antunes Varella. Na espécie, entretanto, temos uma ação de divórcio direto, anteriormente denominada de divórcio excepcional ou extraordinário, fundado na simples separação de fato porque é própria do divórcio-sanção, requerido por um dos cônjuges, imputando ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento, daí resultando insuportável a vida em comum. Dessa forma, porque, na espécie, não se fez – e não se poderia fazer – a consideração de culpa e de inocência, não há como deferir o ressarcimento dos alegados danos morais, até porque estes pressupõem um culpado. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 4ª Câmara, Apelação Cível n. 14.156/98, relator Desembargador Marlan de Moraes Marinho.

arguição do perdão para impedir a decretação da separação culposa. Para ele, o perdão pode ser expresso ou tácito. É tácito quando o cônjuge inocente desconsidera a relevância da falta do outro, como que passando uma borracha sobre o fato, mesmo que não eliminando a culpa do réu. Na verdade, para o autor, o importante é observar se o ato de infidelidade causou uma insuportabilidade de vida em comum. Se o réu consegue prova de que mesmo após a descoberta do adultério, a vida entre o casal conseguiu fluir, prosseguindo o casal como antes, o perdão pode ser utilizado na ação como uma excludente, não permitindo que sobre o réu caia o peso da culpa pelo rompimento²³⁵.

Com o novo Código Civil, o adultério é considerado uma grave violação a um dos deveres do casamento, o dever de fidelidade recíproca. E comprovada a infidelidade, tornando-se a vida em comum insuportável, o juiz decreta a separação judicial por culpa do réu. À luz da legislação em vigor, o adultério constitui pressuposto para a dissolução da sociedade conjugal, por ser conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, sendo que esta conduta pode tornar a vida do casal insuportável²³⁶.

Nessa ação, cabe ao réu comprovar que mesmo tendo praticado adultério, esse fato não tornou insuportável a vida em comum do casal. Por outro lado, tomando o cônjuge traído conhecimento do ato e imediatamente se separa do ofensor, deixando a coabitação, parece que a vida em comum foi abalada e se tornou insuportável. Alípio Silveira²³⁷ adverte que a separação de fato já é inteiramente conclusiva no sentido da insuportabilidade de vida em comum.

²³⁵ VARELLA, João de Matos Antunes. *Dissolução da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 68.

²³⁶ PEREIRA. Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 35.

²³⁷ Citado por Inácio de Carvalho Neto em *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, 4. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 250.

CONCLUSÃO

Sabe-se que o objetivo da análise era verificar a possibilidade de se aplicar os pressupostos do instituto da Responsabilidade Civil ao Direito de Família e mais especificamente, se haveria possibilidade de aplicação de tais pressupostos quando da verificação do descumprimento do dever de fidelidade, disposto do artigo 1.566, inciso I do Código Civil, entre os cônjuges e semelhantemente, o dever de respeito e consideração entre os conviventes da união estável.

Para chegar a essa resposta, alguns caminhos precisaram ser percorridos e algumas discussões precisaram ser levantadas. Assim, primeiramente haveria a necessidade de se conceber a ideia de indenização dentro das relações familiares, independentemente da última análise da relação conjugal, mas primeiramente avaliando a família como um todo de relações, paternais e maternas, inclusive. E mesmo, percebendo o duplo entendimento, pela possibilidade ou não de aplicação da responsabilidade civil as relações familiares, em uma apreciação majoritária foi possível entender pela possibilidade.

Após, passou-se à verificação afunilada da possibilidade de indenização por danos morais nas relações conjugais, principalmente, pela averiguação do descumprimento do dever de fidelidade conjugal, quando o conceito de fidelidade foi abrangido, seguidos da sua diferenciação com institutos como o adultério e a traição.

Mesmo havendo ainda alguma discordância na doutrina pátria quanto ao dever de indenizar o inocente e, também, mesmo não havendo nos tribunais muita busca por esta indenização, objetiva este trabalho dar ênfase a obrigatoriedade de responsabilizar civilmente o traidor por considerar-se o ato da traição uma afronta aos sentimentos mais íntimos do ser humano, incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, principalmente, a fim de educar as pessoas, com o objetivo de construir-se uma sociedade dotada de altos modelos éticos e humanitários.

A indenização por dano moral é garantia constitucional de todos e não pode ser excluído de nenhuma área do direito interno e de nenhuma relação jurídica interna, nem mesmo do Direito de Família e das relações de família.

A legislação brasileira encarrega-se de regular as relações familiares do casamento e da união estável a fim de proteger a instituição da família. Traça regras de conduta que devem ser observadas pelos partícipes da relação com o escopo de preservar o respeito dentro dos lares e manter a dignidade das pessoas envolvidas.

Quando o respeito é deixado de lado e ocorre a traição acaba-se por eivar de danos aquele que estava na relação obstinado a ser feliz. No momento em que, em decorrência da traição, causa-se mal ao outro partícipe surge o dever de reparar-se este mal e, quanto a isso, a nossa legislação utiliza-se do instituto da Responsabilidade Civil.

Aquele cônjuge ou companheiro que viola o dever de fidelidade acaba também por violar os deveres de respeito, consideração e lealdade, mais do que isso, ocasiona danos à honra e a moral de seu partícipe.

Esses danos devem ser reparados e o culpado deve ser punido a fim de inibi-lo a cometer futuramente o mesmo ato desleal e, também, com o objetivo de aproximar as relações familiares do Direito e da Moral.

Transparece, então, que violado o dever de fidelidade no casamento ou na união estável, surge o dever de indenizar, pelas regras da Responsabilidade Civil, o cônjuge ou companheiro que depositava na relação todas suas expectativas.

Como verificado durante o desenvolvimento desse trabalho, duas são as correntes que evidenciam seu estudo sobre a responsabilização civil por descumprimento do dever de fidelidade. Antagônicas entre si, a corrente denegatória, em resumo, argumenta que não há previsão legal que ampare a responsabilidade civil nesses casos; que no Direito de Família há uma tendência de particularizar cada vez mais os casamentos e uniões estáveis, cabendo aos consortes, que são livres, dispor ou não das suas relações e havendo condenação em dano moral por isso, essa liberdade estaria sendo

suprimida; que a corrente concessiva não traz melhoria alguma para as famílias, não contribuindo para o fim das separações e dos divórcios, pelo contrario, implica em maior litígio entre os membros da mesma; que o próprio Código Civil trouxe as sanções específicas não cabendo, assim, outras; que o casamento é instituição e não se assemelha as relações obrigacionais, além de ser um vínculo afetivo cujo o rompimento não aceita indenização; que como casar-se é ato de vontade, descasar-se também, e o sistema jurídico admite o rompimento de forma ampla e ainda que, como as infrações aos deveres do casamento se dão, na maioria das vezes, por questões de afeto ou de ordens psicológicas seria censurável que o Poder Judiciário tentasse se colocar sobre questões dessa ordem.

As argumentações divergentes, que, portanto, são favoráveis a responsabilização civil pelos danos morais causados ao cônjuge ou companheiro inocente, se resumem em entender que o respeito à pessoa humana exige a responsabilização do ofensor; que é genérica a fundamentação da obrigação de indenizar, ou seja, não é necessário ter expresso a possibilidade de indenizar nas relações familiares; que o fato de ser um familiar não privilegia o infrator; as sanções previstas no Direito de Família, por vezes, podem ser insuficientes, pois os danos podem ser próprios, diferenciados do dever de alimentar, por exemplo, que tem fundamento distinto; condenando o cônjuge infrator a indenização consistirá em ato reparatório e sancionador e há a possibilidade de se verificar o dever de indenizar durante a convivência e após a separação e divórcio.

Nesta exposição pôde-se perceber que o tema é matéria para novas e outras discussões, com a observação nas várias ramificações que nascem de tratar da Responsabilidade Civil no Direito de Família e especificamente, do descumprimento do dever de fidelidade conjugal.

Espera-se com essa dissertação que os julgados sejam mais conhecidos e disseminados, que as discussões sejam ainda mais debatidas, que as partes revejam seus direitos e obrigações quando inseridas em um casamento ou união estável, que essa decisão de se unir a outro afetivamente, seja pensada e repensada, vez que pode, por condutas ou omissões, por

ilícitos e descumprimentos macular os direitos da personalidade de outrem e sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ALVES, Eliana Calmon. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Palestra proferida em Manaus, no Seminário A VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, dia 24 de setembro de 2004, realizado pela ABMCJ/AM – Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, Seção Amazonas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade Civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158.

AURVALLE, Luiz Alberto D'Azevedo. *Alimentos e culpa na união estável*. In COAD. Edição especial, out./nov., 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed., Revista dos Tribunais, 1999, p. 13 a 28.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Enunciado 24 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil.

_____. Enunciado 37 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil.

CAHALI, Yussef Cahali. *Dano Moral*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de

Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 4 ed., ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 11.

CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 354

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 486.

COSTA, Nelson Nery. *Dicionário de Latim Forense*. São Paulo, Lawbook, 2007.

DAMIAN, Karine. *A Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 23 de nov. de 2009. Disponível em: <<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6577/aResponsabilidadeCivilnoDireitodeFamília>>. Acesso em: 01 de abril de 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Separação: culpa ou só desamor?* Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Débito ou crédito conjugal?* Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 23 de maio de 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio e Dignidade Feminina*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 23 de maio de 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 30 de maio de 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Os princípios da lealdade e da confiança na família*. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em 24 de abril de 2012.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro:

Renovar, 1999, p. 179.

FLEURY, Maria José Perillo. *Dano moral – Sociedade de Fato: Reconhecimento entre Parceiros Homossexuais, Previsibilidade do Risco de Contaminação e o Direito à Indenização por Danos Morais*. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 25, set./out., 2003, p. 33.

FREITAS Douglas Phillips. *A função sociojurídica do(a) amante*. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Síntese, v. 13, n. 66, jun./jul., 2011, p. 225.

FUSARO, Ana Lúcia. *Novos Contornos da Responsabilidade Civil no Direito de Família*. In: Consulex, informativo jurídico. Ano XIX, n. 51, 26 de dezembro de 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Responsabilidade Civil nas Relações Familiares*. Revista Brasileira de Direito Das Famílias e Sucessões. Porto Alegre. V. 24 (out./nov. 2011)

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e Estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.204

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o Direito de Família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 416.

HADDAD, Luiz Felipe da Silva. *Reparação do dano moral no direito brasileiro*. Livro de Estudos Jurídicos, IEJ, 2/117, p. 189.

JURISPRUDÊNCIA PARADIGMA: parte II/ Rosa Maria de Andrade Nery, diretora. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. – (coleção tratado jurisprudencial e doutrinário: Direito de Família; v.4), p. 07.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade Civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 489.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141.

LEONARDI, Felipe Raminelli. Ensaio sobre Possíveis Opções Dogmáticas para Viabilidade de Pretensão Indenizatória do Cônjuge ou Convivente Traído em

face de Amante: Breves Comentários ao Recurso Especial 1.122.547/MG. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Síntese, v. 17, ago./set., 2010, p. 110

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade Conjugal – direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 221-236.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numeros clausus*. In: PEREIRA, Rodrigues Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 551.

MADALENO, Rolf. Divórcio e dano moral. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, jul./set. 1999, v. 2, p. 65

NERY, Rosa Maria de Andrade. Entidades familiares – Comunidades emocionais – Responsabilidade da doutrina. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 535.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. *As tutelas da personalidade e a Responsabilidade civil na jurisprudência do Direito de Família*. Revista dos Tribunais, ano 91, volume 803, setembro de 2002. P. 111 a 128

Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 408 e segs.

PAPIN, Bianca Ferreira. *PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa*. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 59, abr./maio de 2010.

PELUSO, Antônio César. *O desamor como causa de separação*. Campinas: Millennium, 2002, p. 425.

PENA JUNIOR, Moacir César. Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 220

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas

relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e Estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.57-77

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – contratos*. V. III, atualizado por Régis Fichtner. São Paulo, Forense Jurídica, 2010, p. 139.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 48.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Os direitos humanos na família*. In: Síntese da palestra de abertura da 11ª Conferência Mundial da ISFL – Sociedade Internacional do Direito de Família. Migalhas de Peso: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1315,71043-Os+direitos+humanos+na+familia>>. Acesso em 20 de março de 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106 e 107

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Adultério virtual, infidelidade virtual*. In: A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG, Del Rey, 2000, p. 451.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 35.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 185.

PESSOA, Adélia Moreira. *A objetivação da Ruptura na Separação Judicial*. Revista Brasileira de Direito de Família – Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 5, n. 22, fev./mar., 2004, p. 42.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. O núcleo intangível da comunhão conjugal (os deveres conjugais sexuais). Revista de Direito de Família e Sucessões, n. 4, jun./jul. 2008, p. 108.

PIZZETA, José. *Danos morais na infidelidade conjugal e no Direito de Família em geral, a garantia constitucional, a doutrinacionalização e a jurisprudencialização do direito e família*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 52, 30/04/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2535. Acesso em 01/04/2012.

PORTO, Mário Moacyr. *Responsabilidade Civil entre Marido e Mulher*. Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, v. 28, ano X, p. 173-187, jul. 1983.

RAMOS, Miguel Antônio Silveira. *Comentários sobre a Responsabilidade Civil no Direito de Família*. Âmbito Jurídico, v. 29, 2006, p. 1040.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais. In: SILVA, Regina Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. 1999, p. 165

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Afetividade e Responsabilidade nas relações de família*. Revista do Advogado, n. 91, maio de 2007, p. 116.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Caso real de abandono paterno*. Disponível em: <<https://www.reginabeatriz.com.br>>. Acesso em: 14 de julho de 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Culpa deve ser decretada na separação e divórcio*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>> Acesso em: 26 de maio de 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil no rompimento do casamento II*. Disponível em: <<https://www.reginabeatriz.com.br>>. Acesso em: 14 de julho de 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil no rompimento do casamento III: infidelidade*. Disponível em <<http://www.reginabeatriz.com.br>>. Acesso em: 19 de junho de 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade Civil no rompimento do casamento III: infidelidade*. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br>>. Acesso em: 19 de junho de 2012.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. *O que é traição?* Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/soniamariateixeiradasilva/traicaoooda_nomoral.htm>. Acesso em 01 de abril de 2012.

SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina*. Revista IOB, v. 11, n. 58, fev./mar. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 742.137/RJ, Terceira Turma, julgado em 21 de agosto de 2007, DJ 29 de outubro de 2007, p. 218 RNDJ vol. 96, p. 56.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 742137/RJ, Relatora

Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgamento em 21/08/2007, RNDJ vol. 96 p. 56.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.122.547/MG. 4ª Turma, Relator Luis Felipe Salomão, julgamento em 10 de novembro de 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1159242/SP, 3ª Turma, Julgamento em 24 de abril de 2012, Relatora Nancy Andrichi.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial N. 1159242/SP, Relatora Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgamento em 24/04/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 10/05/2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 251.689. Relator Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgamento em 29/08/2000. Data da Publicação/Fonte DJ 30/10/2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 37051, 3ª Turma, Julgamento em 17 de abril de 2001, Relator Nilson Naves.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 4236/RJ. 3ª Turma, julgamento em 04 de junho de 1991, Relator Nilson Naves.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial N. 467.184/SP, Relator Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgamento em 05/12/2002. Data da Publicação/Fonte DJ 17/02/2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 742137/RJ, 3ª Turma, Julgamento em 21 de agosto de 2007, Relatora Nancy Andrichi.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 757.411/MG. Relator Fernando Gonçalves. Julgamento em 29 de novembro de 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 75711/MG, 4ª Turma, Julgamento em 29 de novembro de 2005, Relator Fernando Gonçalves.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 397.762-8/BA, 1ª Turma, voto-vista do Ministro Carlos Ayres Brito, de 03.06.2008.

TARTUCE, Flávio. *Argumentos Constitucionais pelo fim da separação de direito*. IBDFAM, v. 13, n. 66, jun./jul., 2011, p. 141-143.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Da solidariedade na obrigação de indenizar*. In: NERY p. 302

TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 1999, p. 202.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil: Noções Gerais*.

Responsabilidade Objetiva e Subjetiva. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vítal da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34-37.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 70000507434. 7ª Câmara Cível, Relatora Maria Berenice Dias, julgamento em 22/03/2000.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 0378853-0. 1ª Câmara Cível, julgamento em 25/02/2003, Relator Osmando Almeida.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 0369540-9, 3ª Câmara Cível, Relator Maurício Barros, julgamento em 11/12/2002.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 408.550-5. 7ª Câmara Cível, julgamento em 01.04.2004), Relator

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO. Julgamento em 15.12.1961, RT 327/443, 1ª Câmara Cível.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 1002405816329-6/001, Relatora Maria Elza, julgamento em 13.06.2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. Apelação Cível n. 100.001.2005.008011-2. 2ª Câmara Cível, Relator Marcos Alaor Diniz Grangeia, julgamento em 21/03/2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível n. 97.003247, julgamento em 08.05.1997, Rep. IOB Jurisp. 3/13.453 da 2ª Câmara Cível.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 8ª Câmara Cível. Relator Franklin Nogueira, julgamento em 15.4.92 – RT 683/79.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 136366-4/1, Relator Mohamed Amaro.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 146186-4, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator Cezar Peluso.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 278218-4/3, 9ª Câmara de Direito Privado, Relator Alberto Tedesco.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 272.221-1/2, julgamento em 10.10.1996 da 6ª Câmara de Direito Privado.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 990.10.534475-5,

5ª Câmara de Direito Privado, Julgamento em 15 de dezembro de 2010, Relator Ênio Zuliani.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0210.09.061665-2/001, 8ª Câmara Cível, Julgamento em 21 de outubro de 2010, Relator Vieira de Brito.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0487.06.021825-1/001, 4ª Câmara Cível, Julgamento em 20 de janeiro de 2011, Relator Dárcio Lopardes Mendes.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento 1.0313.06.205550-1/001, 1ª Câmara Cível, Julgamento em 01 de fevereiro de 2011, Relator Geraldo Augusto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 990.10.357301-3, 8ª Câmara de Direito Privado, Julgamento 10 de novembro de 2010, Relator Caetano Lagastra.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Apelação Cível 0004074-23.2005.805.0256.0, 5ª Câmara Cível, Relator Emílio Salomão Pinto Resedá

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Apelação Cível 0037057-35.2003.805.0001-0, 5ª Câmara Cível, Relator Emílio Salomão Pinto Resedá

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0011.10.000370-3/001, 7ª Câmara Cível, Julgamento em 09 de novembro de 2010, Relator Wander Marotta.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 1.0701.09.260001-7/003, 6ª Câmara Cível, Julgamento em 07 de dezembro de 2010, Relator Maurício Barros.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível 2010.030837-8, Câmara Especial Regional de Chapecó, Julgamento em 05 de novembro de 2010, Relator Cesar Abreu.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERIAS. Apelação Cível, 1.0210.09.062455-7/001, 3ª Câmara Cível, Julgamento em 02 de dezembro de 2010, Relator Elias Camilo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível, 70040844375, 8ª Câmara Cível, Julgamento em 07/04/2011, Relator Luiz Felipe Brasil Santos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 0005080-84.2009.8.26.0565. 4ª Câmara de Direito Privado, julgamento em 03/02/2011, Relator Ênio Zuliani.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Apelação Cível n. 4651, Relator Antonio Gomes da Silva, 5ª Câmara Cível, julgamento em 13/03/2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 4ª Câmara, Apelação Cível n. 14.156/98, Relator Marlan de Moraes Marinho.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento n. 2003.002.07724, 4ª Câmara Cível, Relator Fernando Cabral.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n. 14.156/98, 4ª Câmara Cível, Relator Marlan de Moraes Marinho.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento n. 70021680194 da 10ª Câmara Cível, Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgamento em 08/11/2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento n. 70021680194, Julgamento em 08 de novembro de 2007, Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70005834916, 7ª Câmara Cível, Relator José Carlos Teixeira Giorgis, julgamento e, 02.04.2003. Apelação Cível Nº 70021640743, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 13/03/2008). Data de Julgamento: 13/03/2008. Publicação: Diário da Justiça do dia 19/03/2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 599040367, 2ª Câmara de Férias, Relator Orlando Heemann Júnior.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70005834916, 7ª Câmara Cível, Julgamento em 02 de abril de 2003, Relator José Carlos Teixeira Giorges.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70021640743, Oitava Câmara Cível, Relator Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 13/03/2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70025138108. 7ª Câmara Cível, Relator André Luiz Planella Villarinho, julgamento em 15/04/2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70027032440, Quinta Câmara Cível, Relator Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 21/01/2009, RJTJRS-275/255.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Julgamento em 07.03.1996, RJTJRS 176/763, 8ª Câmara Cível.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. vol.1, São Paulo: Almedina, 2008, p. 109.

VARELA, João de Matos Antunes. *Dissolução da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 68.

WELTER, Belmiro Pedro. A secularização do Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 90.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 171.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Direito de família e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. Ano XXXI, junho de 2011, n. 122, p. 31.